

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

FILIPPE RÉDUA DE VASCONCELOS

A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC/2015 E O ACESSO À JUSTIÇA

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO
2017**

FILIPÉ RÉDUA DE VASCONCELOS

A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC/2015 E O ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles– Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Victor de Almeida Conselvan.

**Cacoal – RO
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

V331a Vasconcelos, Filipe Rédua de.

A aplicação do Art. 139, IV do CPC/2015 e o acesso à justiça / Filipe Rédua de Vasconcelos. -- Cacoal, RO, 2017.

78 f.

Orientador(a): Prof. Me. Victor de Almeida Conselvan

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Acesso à justiça. 2. Devido processo legal. 3. Efetividade. I. Conselvan, Victor de Almeida. II. Título.

CDU 347.9

A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC/2015 E O ACESSO À JUSTIÇA

FILIPPE RÉDUA DE VASCONCELOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia –
Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles– Cacoal, para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Victor Almeida Conselvan – UNIR – Presidente

Professor M.e Gilson Tetsuo Miyakava - UNIR - Membro

Professor Esp. Thiago Barisson de Mello Oliveira - UNIR - Membro

Conceito: 88

Aos meus amados pais, Dilmar e Eunice que sempre acreditaram no sucesso de seus filhos.

Aos meus queridos irmãos pelo companheirismo e amizade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela graça alcançada, finalizando mais uma importante etapa em minha vida.

Ao meu pai, Dilmar de Vasconcelos, por ter sido uma grande referência em minha vida, verdadeiro exemplo de homem, pai, amigo e acadêmico. Suas frequentes cobranças e incentivo aos estudos foram determinantes para a presente conquista e por todas as demais que ainda virão.

À minha mãe, Eunice Rédua de Vasconcelos, pela integral dedicação à família. Seu inestimável afeto e seus ensinamentos marcaram para sempre minha vida, a quem tributo o meu êxito.

À minha amada esposa, Núbia Manske Vieira Vasconcelos, por todo apoio e incentivo durante todos os anos do curso e pela compreensão diante das ausências impostas pelos estudos.

À memória de meus avôs, aos meus irmãos, minha avó e demais familiares, pessoas de extrema importância, com quem passei os melhores e os piores momentos de toda a minha vida, por todo o carinho, incentivo, suporte e por vibrarem comigo a cada conquista.

Ao meu orientador, Professor M.e Victor de Almeida Conselvan, pela parceria e inestimável contribuição na elaboração do presente trabalho, na pessoa de quem agradeço a todos os demais professores que estiveram presentes ao longo de minha graduação.

Aos meus grandes amigos, João Ricardo, Evandro, Erika, Valesca, Thays, Marilene, Rayhane, dentre outros. Companheiros mais que especiais nesta jornada com quem dividi momentos memoráveis, a quem faço os mais sinceros votos de sucesso e felicidade.

"Não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do
cervejeiro que esperamos que saia o nosso jantar, mas sim do
empenho que eles têm em promover o seu próprio interesse"
(Adam Smith, em a Riqueza das Nações).

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a efetividade do provimento jurisdicional como concretização do acesso à justiça em face do artigo 139, IV (CPC/2015). Para seu desenvolvimento foi utilizado método dedutivo de pesquisa por meio da técnica documental de revisão bibliográfica, o que possibilitou amplo acesso ao conhecimento de conteúdos dispostos em leis, doutrinas, jurisprudências e ainda mídias virtuais. O objetivo da pesquisa de modo amplo se assentou na investigação sobre a importância que possui a efetividade do processo para a concretização da justiça social. Em termos mais específicos a pesquisa analisou o tema acesso à justiça em sua evolução abarcando os períodos mais remotos até a contemporaneidade, esta considerada o momento da constitucionalização do processo exigindo deste a conformação com os ditames constitucionais que caracteriza o Devido Processo Legal. Este para ser justo e realizar seu escopo instrumental máximo de pacificação social, deve ser proporcional e adequado, pressupondo a concretização material do provimento jurisdicional, cujo artigo 139, IV (CPC/2015), em tese, reforça. Diante da natureza de cláusula geral do citado artigo, impôs-se a análise de sua aplicabilidade concreta em face dos direitos fundamentais, concluindo que, em razão da ausência de regulamentação, o enfrentamento do tema tem estado a cargo das instâncias recursais, sendo exigível que a interpretação e aplicação do preceito, tenham por norte o dever de proporcionalidade e razoabilidade que informam as decisões judiciais.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Devido Processo Legal. Efetividade.

ABSTRACT

The present research studies the effectiveness of the jurisdictional provision as the realization of access to justice, in the face of article 139, IV (CPC / 2015). For its development, was used the deductive method of research through the indirect documental bibliographic review technique, which allows a broad access to the knowledge of contents arranged in laws, doctrines, jurisprudence and even virtual media. The purpose of the research, in a broad way, was based on the investigation of the importance that the effectiveness of the process has for the realization of social justice. In more specific terms, the research analyze the theme about the evolution of the justice access, covering since most remote periods until the present time, which is considered the moment of the process constitutionalisation, requiring it to conform to the constitutional dictates that characterize due process of law. In order to be fair and achieve its maximum scope of social pacification, it must be proportional and appropriate, presupposing the material fulfillment of the jurisdictional provision, which Article 139, IV (CPC/2015) intends to strengthen. In face of general clause nature of the article, it was necessary to do an analysis of its concrete applicability in the face of fundamental rights, concluding that, due the absence of regulation, the confrontation of the subject has been a burden of the appeals courts, demanding that an interpretation and an application of the precept aim The duty of proportionality and reasonableness that inform judicial decisions.

Keywords: Justice access. Due Process of Law. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ACESSO À JUSTIÇA	14
1.1 ACESSO À JUSTIÇA – CONCEITO	15
1.2.1 O acesso à justiça pela perspectiva do positivismo e pós-positivismo	17
1.2.2 Neoconstitucionalismo	20
1.3 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	22
1.3.1 Fatores econômicos	23
1.3.2 Fatores culturais e psicológicos	24
1.3.3 Fator temporal – morosidade do processo	24
1.4 MEIOS DE FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	25
1.4.1 Assitência judiciária	26
1.4.2 Interesses difusos	26
1.4.3 O Acesso à Justiça por uma nova perspectiva	28
2 PROCESSO E JURISDIÇÃO: A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	29
2.1 PROCESSO E JURISDIÇÃO	30
2.1.1 Origens	31
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	33
2.2.1 Conceito	34
2.2.2 Princípios informadores do devido processo legal	34
2.2.2.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	35
2.2.2.2 Princípio da Isonomia ou Igualdade Processual	35
2.2.2.3 Princípio da Duração Razoável do Processo	36
2.2.2.4 Princípio do Juiz Natural	36
2.2.2.5 Princípio da Motivação e Publicidade	36
2.3 INSTRUMENTALIDADE	38
2.3.1 Escopos da jurisdição	40
2.3.1.1 Escopos sociais	41
2.3.1.2 Escopos políticos	42
2.3.1.3 Escopo jurídico	43

3 GESTÃO FORMAL E MATERIAL DO PROCESSO: O PAPEL DO JUIZ QUANTO À EFETIVIDADE DO PROVIMENTO EM FACE DO ARTIGO 139, IV DO NCPC	45
3.1 O MAGISTRADO – JUIZ.....	47
3.1.1 Os poderes do juiz no artigo 139 do NCPC.....	48
3.2 ARTIGO 139, IV – CLÁUSULA GERAL DE EFETIVIDADE	49
3.2.1 Medidas mandamentais	50
3.2.2 Medidas subrogatórias	51
3.2.3 Medidas coercitivas	51
3.2.4 Medidas indutivas	51
3.3 INSTRUMENTALIZAÇÃO DO ARTIGO 139, IV.....	52
 4 ENTRE A DOGMÁTICA E O ATIVISMO JURÍDICO: LIMITES E POSSIBILIDADES DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL	55
4.1 ENTRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	56
4.1.1 Dogmática jurídica	57
4.1.2 Ativismo jurídico	58
4.2 O ARTIGO 139, IV E O PODER DE <i>IMPERIUM</i> DA JURIDIÇÃO.....	60
4.3 A POLÊMICA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV	61
4.4 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFRONTO COM O ARTIGO 139, IV (CPC/2015) PELO PRISMA DA PROPORCIONALIDADE.....	66
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

A questão do acesso efetivo à ordem jurídica justa é assunto recorrente para o jurista contemporâneo. Insculpido no artigo 5º, XXXV (CF/88) trata da inafastabilidade da jurisdição, pressupondo a real manifestação do Estado Democrático de Direito no qual a todos sem qualquer distinção seja dado socorrer-se ao poder judiciário para a concretização de todo e qualquer direito.

Nos últimos anos houve o que a doutrina chama de expansão dos direitos, que ocorreu com a ampliação do acesso à justiça, levando ao aumento considerável do fluxo de demandas, que acabou gerando, entre outros problemas, a morosidade e como consequência a baixa efetividade do processo quanto à tutela real das pretensões, ou seja, a execução.

A morosidade ou ainda a ineficiência dos meios executórios, aliados a problemas de cunho econômico, social ou cultural, podem representar significativos entraves ao acesso efetivo à justiça, esta tida como ordem jurídica justa que deve garantir não apenas o direito de ação, mas também a realização efetiva do direito material.

Portanto, dentro desse contexto periclitante da possível baixa efetividade do provimento jurisdicional como entrave ao acesso à justiça, ou sua vigorosa efetividade como meio de concretização deste, se insere o tema central do presente, que trata das medidas executivas atípicas previstas no art. 139, IV (CPC/2015) em face da instrumentalidade do processo e dos direitos e garantias fundamentais.

Para o enfrentamento total da pesquisa científica proposta, o conteúdo fora dividido em quatro partes, utilizando-se para sua confecção da técnica de pesquisa documental, por meio da qual se efetuou a revisão bibliográfica necessária para fundamentação de cada uma de suas partes.

O primeiro capítulo analisou o tema “acesso à justiça” em sua evolução histórica desde os primórdios da humanidade até os tempos atuais, abarcando da autotutela à jurisdição e, a partir desse momento, foi analisado o acesso à justiça pela ótica do positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

Ainda para esse momento foram discutidos os entraves ao acesso à justiça, sendo estes de cunho econômico, culturais, psicológicos e temporais, ainda foram abordados os movimentos de facilitação do acesso à justiça – as ondas de Cappelletti – por meio dos quais se avaliou a importância da assistência jurídica, do reconhecimento e ampliação do campo dos direitos difusos e coletivos e ainda da desmistificação do processo como modelo único de solução de conflitos levando à reestruturação do poder judiciário com a simplificação de procedimentos e incentivo à autocomposição.

Em um segundo momento passou-se a análise do processo enquanto instrumento por meio do qual se exerce a jurisdição e por consequência se concretiza o acesso à justiça. Nesse contexto foi examinado o processo em seu aspecto legal constitucional, portanto, o “Devido Processo Legal”, com todos os princípios constitucionais a ele inerentes e ainda, quanto a sua instrumentalidade, realizou-se uma investigação com base na doutrina de Candido Rangel Dinamarco, sobre os escopos da jurisdição, sendo eles: sociais, políticos e jurídico.

Quanto ao escopo social, são de duas ordens: pacificação com justiça e educação; o político se presta a garantia da soberania, liberdade e democracia; já o jurídico representa a atuação concreta da vontade da lei.

O terceiro capítulo aborda a questão da gestão do processo e de seu gestor material e substancial, o juiz. Investigando-se o Devido Processo Legal Substancial pela vertente do processo justo, que viria a ser aquele que busca garantir os direitos fundamentais por meio de sua efetividade.

Desse contexto partiu a avaliação do artigo 139, IV (CPC/2015), momento em que houve a explanação de seu conteúdo com vistas a avaliar em que consistem as medidas executivas atípicas previstas genericamente como medidas mandamentais, sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, sendo efetuada a conceituação de cada uma delas.

Por fim o capítulo quarto enfrentou a questão dos limites e possibilidades da aplicação de medidas atípicas, buscando esclarecer o posicionamento divergente da doutrina e da jurisprudência quanto aos fundamentos constitucionais para tal.

Quanto a essa questão, verificou-se haver entendimentos de que a aplicação do art. 139, IV estaria adstrita ao rol de medidas executivas expressamente estabelecidas pelo CPC, por outro lado, também existem aqueles favoráveis a ideia da imposição de medidas executivas não tipificadas.

Dando prosseguimento ao capítulo, passou-se ao exame dessa questão, a fim esclarecer até que ponto o dogmatismo ou o ativismo judicial podem influenciar na regulamentação ou interpretação desse dispositivo legal.

Por esta perspectiva, intentou-se averiguar o papel da atividade hermenêutica tendo em vista que é desta fonte que vem surgindo o balizamento constitucional para a aplicação do dispositivo legal em razão de sua generalidade.

Com vistas a concluir a pesquisa, fez-se confronto entre todos os assuntos colacionados e o artigo 139, IV, direcionando-o para sua interpretação e aplicação pelo prisma da razoabilidade e proporcionalidade.

1 ACESSO À JUSTIÇA

Em termos iniciais, cumpre salientar que o acesso à justiça, não se restringindo ao direito de ação tem seu campo de incidência cada vez mais alargado, pois a aplicação do direito na contemporaneidade não se resume à letra fria da norma, visto que, superado o rigor do positivismo jurídico, a lei perde seu protagonismo sujeitando-se à Constituição (MARINONI; ARENHART, MITIDIERO, 2015).

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988 seguindo a tendência mundial, inseriu em seu texto uma gama de princípios¹ fundamentais, tendo consagrado a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III, CF/88) sendo este o princípio máximo cuja dimensão objetiva ressalta sua função instrumental, integradora e hermenêutica, uma vez que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2015).

Este novo paradigma gera o “transbordamento da Constituição dentro do ordenamento jurídico” (NOVELINO, 2014, p. 95) atingindo todos os seus ramos, pois nenhuma norma pode sobreviver em desacordo com a Lei Maior, e indo além, em face do enfoque neoconstitucionalista, suas normas e princípios podem ser invocadas independentemente de legislação infraconstitucional, abarcando além do direito material, o processo, o qual de forma definitiva torna-se instrumento de realização das garantias fundamentais do homem, por meio do exercício da jurisdição cuja função primordial é a realização da justiça.

Portanto, o acesso à justiça integra o rol dos direitos fundamentais do homem como desdobramento de sua dignidade humana – princípio metajurídico² – a qual serve de fundamento a qualquer ordem constitucional democrática, concernente lição de Sarlet:

¹ Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÀVILA, 2011, p. 193).

² Numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos — ontologicamente dotados de igual dignidade — entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 174).

[...] há de se destacar que a íntima, e [...], indissociável (embora altamente complexa e diversificada) vinculação entre a dignidade (da pessoa) humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo (2015, p. 27-28).

Seria então esta dignidade como valor intrínseco de cada pessoa que a faz merecedora de respeito e consideração pela simples condição de ser humano (SARLET, 2015) que deve garantir a todos sem distinção de qualquer natureza o acesso à justiça, não se restringindo tal acesso a exclusivamente o judiciário, mas sim, ao acesso a um mínimo para uma existência digna, englobando além da proteção dos direitos básicos do ser humano, tal como vida e liberdade, também os direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, os quais se tornam cada vez mais exigíveis do ponto de vista do direito, pois,

[...] em que pese eventual divergência a respeito da fundamentabilidade dos direitos sociais de um modo geral e dos limites de sua exigibilidade em juízo, constata-se [...] um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial [...] (SARLET, 2015, p. 138-139).

Portanto, na contemporaneidade vê-se um crescente campo de pretensões do cidadão/jurisdicionado, o qual possui uma gama de direitos fundamentais proclamados pela ordem constitucional, e que devem ser por esta mesma ordem, assegurados. Assim, por este viés ganha corpo o princípio do Acesso à Justiça no sentido de acesso a uma ordem jurídica justa que pressupõe, além do direito de ação, o devido processo legal com todas as garantias a ele inerentes e ainda, um provimento judicial tempestivo, eficaz e adequado, sendo por esta perspectiva que se passa a desenvolver o presente capítulo.

1.1 ACESSO À JUSTIÇA – CONCEITO

Acesso à Justiça é princípio fundamental previsto no texto constitucional pátrio, com o seguinte teor: “Artigo 5º [...] XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Encerra, portanto, a noção de que a todos igualmente é garantido postular tutela jurisdicional, tanto

preventiva quanto reparatória, ou seja, que toda lesão ou ameaça a direito deve receber a apreciação do poder judiciário, submetendo-se a pretensão ao devido processo legal (GONÇALVES, 2016).

Segundo o autor acima, este princípio encerra o direito amplo de ação que deve ser atendido pelo poder judiciário em todos os seus pedidos, não podendo haver recusa quanto ao exame e resposta a estes, ainda que tal resposta se limite a dizer que a pretensão não encontra amparo legal, mas essa resposta é oficialmente do órgão jurisdicional.

Assim, de modo estrito pode-se compreender a garantia do Acesso à Justiça como sendo a possibilidade de ingresso junto ao poder judiciário por meio do exercício do direito de ação, porém, este entendimento seria demasiado simplista na medida em que, o conceito de justiça encontra diversas acepções, não se limitando ao poder judiciário, sendo o direito de ação um de seus desdobramentos, mas, indo além, abrange o direito à justiça no sentido de obter do Estado resposta que torne fruível um direito.

Cappelletti e Garth (2002) lecionam que muito embora o termo seja de difícil definição, duas finalidades podem ser determinadas por ele, uma é que se refere ao direito de cada um vir a juízo reivindicar do Estado a solução de suas demandas, e tal solução produza resultados justos, tanto na esfera individual do interessado, quanto para a sociedade.

Desse modo, o acesso à justiça pode ser compreendido como o ponto convergente de todo os demais princípios e garantias processuais, sendo que exprime a universalização da jurisdição, conferindo-se a possibilidade de ingresso a juízo ao maior número possível de pessoas e causas, bem como garante a todos a observância do princípio do devido processo legal, em contraditório efetivo realizado em diálogo a fim de preparar o provimento judicial justo (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008).

O acesso à justiça pressupõe uma pretensão que autorize o lesado a buscar o judiciário, porém, ter a possibilidade de ingressar em juízo não significa de forma efetiva ter acesso à justiça, para tanto é necessário que além de fomentar meios que propiciem o ingresso ao judiciário de todos que necessitem e ainda possam contornar seus obstáculos, é necessário que por meio do processo seja garantido às partes a participação igualitária e efetiva, permitindo adequada e efetiva tutela jurisdicional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Sob estes dois aspectos é que deve ser abordada a questão do acesso à justiça, pois, se por um lado o maior número possível de pessoas deve ter acesso ao judiciário, por outro, isso não é suficiente se por meio do processo não for possível proteger efetivamente o direito material pleiteado, devendo o Estado para garantir sua função pacificadora (jurisdição) prover meios que efetivamente tornem possível a todos os jurisdicionados o direito de buscar e obter a adequada resposta do poder judiciário, pois,

[...] a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 06).

A constatação de que o acesso à justiça insere-se no âmbito dos direitos humanos, remete à questão do homem como destinatário da norma, o homem na centralidade da ordem jurídica universal, pois é para dirimir os conflitos sociais que o direito existe, sendo a função precípua da jurisdição a pacificação social, portanto, o direito como instrumento de controle social, não poderia jamais mostrar-se estático, tendo sua evolução refletido as culturas e os ideais coletivos, sofrendo intensamente as influências políticas de cada época que paulatinamente formaram a ordem jurídica contemporânea

1.2.1 O acesso à justiça pela perspectiva do positivismo e pós-positivismo

O positivismo jurídico aporta na modernidade como reação ao período monárquico absolutista que imperou por vários séculos e apresentava profundas mazelas ligadas à corrupção dos valores políticos, que culminavam na arbitrariedade de um sistema jurídico fundado na jurisprudência e doutrina – teses de doutores, cuja atuação tinha o firme propósito de proteger o regime feudal (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015) afetando sobremaneira o judiciário e desse modo necessitava ser suplantado por paradigmas que viessem a concretizar os ideais que inspiravam o novo modelo de sociedade – burguesia.

Por este prisma, verifica-se que a doutrina do Positivismo Jurídico, veio ao encontro dos propósitos libertários da classe dominante da época por tornar certo o

direito sem margens de interpretação que pudesse interferir de qualquer modo na liberdade do cidadão, era, portanto, o momento do direito como fato e não como valor, conforme conceitua Bobbio(1995, p. 136):

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada no juízo de valor e que comporte a definição do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.

Pode-se apontar que a aplicação da teoria positivista, teve como marco histórico as revoluções burguesas na França. A classe que ascendia ao poder inspirada nos ideais de liberdade e igualdade do Iluminismo concebia o indivíduo isoladamente no espaço social e político, sendo que os direitos fundamentais tinham como única função protegê-lo da atuação invasora do Estado (FERRARINI, 2010), assim, rompendo com os paradigmas do antigo regime, forja-se uma nova ordem política “O Estado Liberal de Direito”, calcada na democracia representativa, no princípio da legalidade estrita e da igualdade formal, que se resumiu em um Estado Legislativo, porquanto na teoria da separação dos poderes, fora este privilegiado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Desse modo o positivismo como filosofia que serviu para fundamentar a ideologia do novo regime, engendrou o sistema de codificação das normas, engessando a atuação do poder judiciário que passou a apenas dizer o direito nos estritos limites da norma posta, não havendo qualquer espaço para a interpretação valorativa ou qualquer outro anseio de criatividade jurídica, desse modo a nova ordem política vinculou tanto a jurisdição quanto a doutrina à vontade do legislador (HESPANHA, *apud* NAMUR, 2009).

Nesse passo, pode-se inferir que o acesso à justiça se limitava à exata medida que a lei propunha e, sendo este um momento em que imperava a ideia de liberdade ancorada no princípio da igualdade formal, não era permitido ao Estado interferir na esfera particular do cidadão que, em tese, possuía a total liberdade de agir em defesa de seus interesses, porém, basicamente em termos teóricos, pois para poder demandar era necessário ter condições de suportar as despesas do

processo, constituindo-se em um vultoso entrave a baixa condição econômica da parte (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Nesse passo, acrescentam os autores acima que em razão do liberalismo, o Estado permanecia inerte quanto aos problemas ligados à falta de capacidade de uma pessoa reconhecer que possuía direitos, e de como poder usufruir adequadamente dos serviços judiciários, visto que no sistema *laissez faire* a justiça como os demais bens, só poderia ser obtida por quem tivesse condições de pagar por ela, do contrário estaria relegado à sorte de um sistema formal e não efetivo de justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Por esta mesma perspectiva, o sistema do *laissez faire*³ o qual predominou neste período, pregando a total liberdade de mercado e a igualdade – formal – entre os cidadãos, restringiu os benefícios políticos, econômicos e sociais à classe dominante, sendo por certo que a distribuição da justiça – mesmo em termos existenciais – como direito fundamental do homem, fora severamente cerceada, como se pode inferir com Vianna, o qual afirma:

Em seu supermundo, em monopólio absoluto, os ricos evocavam para si todos os favores e todas as benesses da civilização e da cultura: a opulência e as comodidades dos palácios, as fortunas transbordantes das ucharias, as galas e os encantos da sociabilidade e do mundanismo, as honrarias e os ouropéis das magistraturas do Estado. Em suma: a saúde, o repouso, a tranquilidade, a paz, o triunfo, a segurança do futuro para si e para os seus. No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; [...] (VIANA *apud* VIANNA, 2005, p. 34-35).

Ainda, em nome da legalidade que possuía um vigor herculano, os Estados liberais, não somente cercearam direitos fundamentais do homem, mas indo além de qualquer limite de humanidade, afrontaram direitos tão básicos quanto a vida e liberdade de seres humanos a exemplo dos horrores do Nazismo, onde homens, mulheres e crianças sofreram julgamentos sumaríssimos, sem preocupação com a existência anterior de tribunal, processo ou defesa, deixando uma marca indelével na história da humanidade, mas que segundo Novelino, também serviu para abrir as

³*Laissez-faire* - é parte da expressão em língua francesa "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "*deixai fazer, deixai ir, deixai passar*". *Laissez-faire* é hoje expressão-símbolo do **liberalismo econômico**, na versão mais pura de Capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/11/13/fundamentos-e-limites-do-principio-do-laissez-faire-ou-da-nao-interferencia-governamental/>. Acesso em: 15 maio 2017.

portas de um novo momento, voltado à proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem, conforme aduz:

Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou por alçar a **dignidade da pessoa humana** à categoria de núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático (2014, p. 94, grifo do autor).

Tendo como pano de fundo este momento histórico – período do segundo pós-guerra – nas últimas décadas do século XX inicia-se, portanto, um novo movimento jurídico, o pós-positivismo, o qual pretendeu a reaproximação entre Direito e Moral (SILVA, online, 2014), com a supervalorização do arcabouço principiológico que deve sustentar qualquer ordem constitucional democrática.

Assim, o termo pós-positivismo caracteriza as ultimas décadas do século XX em que ocorreu a prevalência dos princípios fundamentais, os quais foram transformados na base axiológica sobre a qual passou a se sustentar o sistema jurídico constitucional (BONADIVES *apud*, NOVELINO, 2014X').

Barroso (online) leciona que esta nova tendência busca superar o jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, atribuindo normatividade aos princípios constitucionais e procurando desvencilhar-se da legalidade estrita, conferindo à norma e a sua interpretação valor moral e senso de justiça, ainda conforme o mesmo autor, o pós- positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

1.2.2 Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo faz parte da mesma marcha reformista do pós-positivismo, tem como pressuposto a supremacia da constituição e a valorização das normas de direito fundamental do homem, esta nova concepção segundo Elpídio Donizetti, supera o Estado Legislativo de Direito efetuando a transição para o Estado Constitucional de Direito que possui como centro do sistema normativo a Constituição, assim, “a legislação infraconstitucional encontra nos princípios e regras constitucionais seu fundamento de validade e eficácia, em virtude da força normativa da Constituição” (DONIZETTI, 2010, p. 197).

Barroso define este novo paradigma da seguinte forma:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (online, s.a, p. 06).

Por este viés, aponta Donizete (2010) para a necessidade de um controle de proteção, que seja preponderantemente exercido pelo judiciário a fim de garantir a efetividade dos princípios e direitos fundamentais e “como resultado disso, obtém-se uma Constituição transformadora que pretende condicionar as decisões da maioria, tendo como principais protagonistas os juízes e não o legislador” (SANCHIS, *apud* DONIZETTI, 2010, p. 187).

Nesse sentido Novelino (2014, p. 338) assevera que, “para grande parte dos adeptos, o protagonismo judicial é, mais do que uma escolha, um reflexo da centralidade assumida pela Constituição”, portanto, é certo que o poder judiciário enquanto poder Estatal, em face dessa normatividade constitucional vem ganhando margem para por meio do processo dar resposta efetiva no caso concreto, mesmo nas demandas que, em tese, seria função de outro poder, como é o caso dos pedidos que envolvem o mínimo existencial, mas por respeito ao princípio do acesso a uma ordem jurídica justa não podem ficar sem solução, assim,

A constatação contemporânea de que a democracia representativa é insuficiente na resolução de questões do Estado e instaurações de políticas públicas, marginalizando a população e restringindo os direitos fundamentais, é o pano de fundo do exame da inserção do Poder Judiciário como ator (talvez, protagonista) na alteração do cenário político-jurídico no Brasil (BONAT; PEIXOTO, online, p. 03).

Dentro desse contexto afirma Novelino (2014) que não se pode negar o caráter normativo da Constituição, cuja aplicação pertence ao poder judiciário como função precípua, portanto negar provimento a direitos nela reconhecidos se torna incompatível com o exercício do poder jurisdicional e fere o princípio do acesso à justiça.

Ainda na mesma esteira, Eduardo Cambi argumenta que a importância dada ao estudo da jurisdição constitucional se deve à expansão da litigiosidade que ocorreu em virtude da ampliação do acesso à justiça pela implantação dos juizados

especiais os quais simplificaram a atuação das partes, e ainda do reconhecimento de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, alçando a competência do Ministério Público de fiscal da lei à parte legitimada para a proposição de ações em defesa da sociedade, e conclui:

Não obstante as resistências governamentais, legislativas, judiciais e doutrinárias, provenientes dos pensamentos jurídicos mais retrógrados - que insistentemente procuram minimizar esta importante *onda revolucionária* trazida pelo movimento de acesso à justiça - essas demandas coletivas têm proporcionado a possibilidade do Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais - sobretudo os de caráter social (previstos no artigo 6º, da CF) - o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade (CAMBI, online, p. 08, grifo do autor).

Este novo enfoque da hermenêutica constitucional passa a direcionar a preocupação do judiciário com o conteúdo da norma pelo critério da justiça, bem como utilizar os princípios não mais apenas como critério de interpretação, mas como postulados de efetiva e obrigatória aplicabilidade.

Em resumo, os princípios constitucionais são normas jurídicas primárias ou superiores de eficácia imediata, plena e imperativa, hegemônicas em relação aos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do sistema normativo, que, de um lado, expressam os valores transcendentais da sociedade e o conteúdo essencial da Magna Carta, e de outro, direcionam e fundamentam a formação, o conteúdo, a aplicação e a exegese de todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico (PAZAGGLINI FILHO, 2003, p. 11).

Este aspecto amplia o controle constitucional em concreto, efetuado pelo poder judiciário, para além da análise normativa e principiológica, encontrar um equilíbrio entre a autocontenção e o ativismo jurídico, a fim de alcançar por meio do exercício da jurisdição o fim precípua do processo que é ser instrumento de realização da justiça social.

1.3 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Hodiernamente são identificadas, dentre outras, três principais ordens de obstáculos à efetivação do acesso à justiça, uma delas, e possivelmente a mais importante, é de cunho econômico em razão das custas processuais e de serviços advocatícios; a segunda diz respeito ao aspecto cultural ou psicológico, estes no

sentido intelectual ou do acesso ao conhecimento sobre o universo de possibilidades de exercício de direitos que pode possuir uma pessoa; por último, aponta-se como obstáculo de grande importância a morosidade da justiça que com a própria ampliação das possibilidades de acesso à justiça, agravada pelo excessivo formalismo e as difíceis condições de estrutura material e humana vem retardando ou quiçá, inviabilizando o acesso efetivo à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

1.3.1 Fatores econômicos

O fator econômico como obstáculo ao efetivo acesso à justiça é por certo de grande importância, uma vez que as despesas processuais em algumas situações se apresentam altamente dispendiosas, isso sem falar na alarmante condição da supervalorização dos serviços advocatícios, e da baixa condição econômica de grande parte da população. Portanto, estes dois fatores acabam se tornando um forte empecilho na busca pelo acesso ao judiciário e conseqüentemente à justiça.

Nesse sentido, Cappelletti e Garth:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais (2002, p. 10).

Dentre estas despesas processuais, os autores citados reforçam a situação do alto custo da advocacia, coisa que não destoa da realidade nacional, visto que além da exigência de capacidade postulatória para quase a totalidades das situações que reclamam solução jurídica, a advocacia no Brasil é quase que totalmente particular, tendo como exceção os dativos nomeados e a defensoria pública superinflacionada pela esmagadora demanda dos desvalidos economicamente, que refletem os desajustes econômicos que o país enfrenta, acabando por impedir a propositura da ação.

Nesse sentido, Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2015) apontam que as despesas com um processo podem desmotivar o cidadão a buscar o judiciário para propor ação, mesmo tendo certeza da violação ou ameaça de violação de seu direito,

significando que boa parte dos brasileiros abrem mão de seus direitos por não possuírem condições de suportar os gastos com o processo.

Portanto as despesas com a demanda, que envolvem aquelas propriamente ditas com o processo, como custas e emolumentos, juntamente com os honorários advocatícios e em alguns casos ainda, as despesas de sucumbência, podem ser decisivas como impedimento material ao acesso à justiça e precisam ser suplantadas a fim de conferir efetividade ao citado princípio fundamental.

1.3.2 Fatores culturais e psicológicos

Lecionam Cappelletti e Garth (2002), que influenciam na possibilidade de acesso à justiça as diferenças de educação, meio e status social. Estas questões implicam na capacidade de reconhecer um direito que possa ser juridicamente exigível, esclarecendo que tal barreira não afeta apenas os pobres, podendo alcançar toda uma população em alguns tipos de conflitos, isso em razão da falta de conhecimentos jurídicos mínimos que impede uma pessoa, por exemplo, de considerar o fato de que somente por ter assinado um contrato não está obrigado a sujeitar-se a ele de forma absoluta sem impor-lhe qualquer objeção.

Segundo estes mesmos autores, outra barreira dessa natureza se constitui na falta de conhecimento dos caminhos para acessar ao judiciário ou para propor uma ação, do mesmo modo que muitas vezes falta disposição psicológica para tanto, ou seja, a pessoa se sente inibida em procurar um advogado em razão da desconfiança nestes profissionais, ou recorrer a um processo judicial, abrindo mão de forma prematura de um direito subjetivo, como uma forma preventiva de se proteger da afetação emocional e psicológica que pode ocorrer em razão da presumida hostilidade do ambiente jurídico (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

1.3.3 Fator temporal – morosidade do processo

A terceira limitação ao efetivo acesso à justiça é apontada como temporal, no sentido da morosidade sentida no poder judiciário, que, em razão de vários fatores, tais como aumento do fluxo de demandas, falta de estruturas físicas e humanas, acaba procrastinando a devida resposta legal, tornando o direito muitas vezes pouco

efetivo, pois tardio, quando não o inviabiliza diante das demasiadas exigências e formalidade processuais.

Outro fator ligado à morosidade é aquele relativo às manobras procrastinatórias como recursos desnecessários, que em muitos casos são utilizados com a real intenção de dificultar a efetivação do direito por meio do retardamento da sentença, pois “o réu, não poucas vezes, vale-se da demora da justiça, podendo ser dito, aliás, que muitas demandas não seriam levadas ao Poder Judiciário se ele não tivesse do seu lado a lentidão da tutela jurisdicional” (MARINONI *apud* MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 220).

Os autores imediatamente citados ainda apontam que a morosidade processual é sempre mais desvantajosa aos mais necessitados economicamente, pois ao contrário das demandas que envolvem pessoas mais abastadas, cuja demora não lhes afeta a qualidade de vida, aos menos afortunados, quase como regra, as demandas sobrevêm para restabelecer situação que se estabilizou em favor do demandado e envolve direito patrimonial, cuja demora pode representar óbice ao projeto de vida pessoal ou empresarial do demandante, assim:

Desse modo, resta patente que a morosidade da justiça, representa um obstáculo considerável ao acesso efetivo a um provimento judicial justo, que se agrava quando levado em consideração as condições econômicas do demandante, assim, “a duração excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; esse último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem grave dano uma justiça lenta” (CAPELLETTI *apud* MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 220).

Evidentemente que a morosidade processual não atinge somente os pobres – apesar de serem os mais prejudicados –, ela é uma realidade que afeta de forma geral o exercício da jurisdição, e juntamente com os demais obstáculos – econômicos, culturais e psicológicos – vem sendo combatido pelas ondas renovatórias do acesso à justiça com a implantação de meios, tais como facilitar a efetivação desse princípio fundamental, conforme se verá a seguir.

1.4 MEIOS DE FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Quanto aos movimentos – ondas – tendentes a facilitar o acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth (2002) apresentam três momentos, que

cronologicamente ocorreram de forma sucessiva. A primeira onda trata-se de assistência jurídica aos necessitados; a segunda onda refere-se à solução dos problemas relacionados com a representação nas demandas que envolvem direitos difusos; já a terceira onda, foca no sentido de modificar a interpretação e a extensão do termo acesso à justiça, saindo da zona de conforto de compreendê-lo apenas como direito de ação.

1.4.1 Assistência judiciária

A assistência jurídica pode ser visualizada como resposta às dificuldades de acesso à justiça em virtude das barreiras econômicas, com vistas a aproximar, em termos de possibilidades, as classes sociais dando ênfase a igualdade substancial, sendo que, por meio da assistência o Estado passa a garantir representação técnica judicial aos menos favorecidos.

No Brasil a assistência jurídica é norma constitucional fundamental, que está prevista expressamente no artigo 5º, LXXIV (CF/88) o qual dispõe que "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", colocando-se, portanto, como uma das missões do Estado.

Portanto, cabe ao Estado prover os meios materiais aos que dele necessite, sendo que na esfera infraconstitucional, a lei 1.060/1950 é o diploma legal que disciplina tal matéria, podendo ser citado como exemplos de órgão assistenciais jurídicos as Defensorias Públicas e a instituição da advocacia dativa.

Quanto aos requisitos para a prestação da assistência judicial, não se exige com rigor que a parte comprove pobreza ou miserabilidade, bastando a declaração desta de que não pode suportar as despesas processuais, sem com isso, comprometer o sustento próprio ou da família.

1.4.2 Interesses difusos

O segundo momento de revitalização do acesso à justiça é citado por Cappelletti e Garth (2002), como aquela intentada em favor da questão dos

interesses difusos e coletivos⁴. Estes devem-se à inserção nos textos constitucionais dos direitos fundamentais de terceira geração, relacionados à direitos indivisíveis como a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, a qualidade de vida, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado, direitos do consumidor, da infância, juventude entre outros, que conforme Masson (2014), são direitos de atribuição genérica que tutelam interesses relativos ao gênero humano.

Para a proteção desses interesses em juízo, faz-se necessário que a demanda seja intentada em nome da coletividade, tendo por princípio o interesse social da humanidade no bem da vida objeto da questão, o que exige para a propositura da ação uma representação especial, portanto para tais interesses a lei autoriza que algumas pessoas sejam legitimadas à propositura da ação em defesa dos interesses da coletividade envolvida, pois,

[...] Diante disso, o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública confere legitimidade para a propositura de ação para a tutela de direitos difusos e coletivos para: (I) o Ministério Público; (II) a Defensoria pública; (III) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (IV) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e (V) a associação que, concomitantemente, (a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e (b) inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, a livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 229).

Portanto, estas medidas, a fim de ampliar o rol dos legitimados à propositura desse tipo de ação tem por objetivo favorecer o acesso à justiça por esta perspectiva difusa dos direitos diante da impossibilidade de determinação de sua titularidade, ou mesmo nas situações em que o direito pertence a um grupo determinado de titulares, mas que pode ser pleiteado de modo coletivo.

⁴ CDC- Art. 81. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (BRASIL, CDC/LEI 8.078/1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 05 jun. 2017.

1.4.3 O Acesso à Justiça por uma nova perspectiva

A terceira onda renovatória do acesso à justiça, não tem como foco principal uma medida específica, mas sim, um novo modo de olhar o acesso à justiça de forma menos formalista, criando-se alternativas que possam viabilizar a efetivação do direito de modo mais célere e menos desgastante para as partes.

Nesse movimento de revitalização pode ser inserida a arbitragem, a mediação e os juizados especiais, pois todos estes buscam alternativas para minimizar os conflitos sociais sem excessiva oneração econômica das partes, e ainda desinflationando o poder judiciário de demandas que envolvam causas menores, ou passíveis de autocomposição.

Sendo assim a terceira onda tem como objetivo racionalizar e simplificar o sistema processual civil, para que assim tenhamos uma melhor prestação jurisdicional e sejam “desburocratizados” os atos processuais, mostrando um rumo mais dinâmico eficaz para o processo civil brasileiro. Então visa alcançar parâmetros que diminuam as complicações de seu sistema, como forma de ser mais útil, ágil e assim ter bons resultados sob a ótica jurisdicional, tem como parte crucial a efetividade do processo civil, para que assim seja mais amplo o acesso à justiça (LEITÃO, online, 2010, s. p.).

Portanto, o acesso à justiça, que deve se realizar por meio do processo, não somente legal, mas também justo, na contemporaneidade, não se limita ao direito de ação, mas ao contrário, passa a ser visto pela perspectiva de se obter do Estado, por meio do exercício da jurisdição, o provimento que para ser justo, precisa ser devido, proporcional, adequado e razoável, sendo este o assunto que passa a ser desenvolvido em capítulo seguinte – O processo e a jurisdição, pelo prisma do devido processo legal e da instrumentalidade do processo.

2 PROCESSO E JURISDIÇÃO: A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Com base no que foi explanado no capítulo primeiro, pode-se inferir que para o alcance do acesso efetivo à justiça, mais que a ampliação dos meios de acesso ao judiciário (item 1.4) é imprescindível que pelo exercício da jurisdição, possa ser alcançado, além da pontual realização do direito material, seu escopo máximo que é pacificação social.

Portanto, pode-se inferir que a realização desse objetivo maior, somente se mostra possível quando da realização de um processo justo, definido como aquele em que, tanto o procedimento quanto o provimento jurisdicional se coadunam com o ideal de justiça preconizado pelos ditames constitucionais e internalizado pela sociedade (THEODORO JR, 2016), de modo que o império da decisão judicial seja legítima expressão do poder soberano do Estado, de modo que, ainda que não satisfatória para uma das partes – vencido – possa produzir a necessária satisfação na orbita social, pela aceitação da “justiça” contida em seu comando (DINAMARCO, 1990).

Desse modo, converge o processo para a realização dos escopos metajurídicos da jurisdição propostos por Dinamarco (1990), a saber: sociais, políticos e jurídico, que por meio da instrumentalidade do processo, deve assegurar a realização desse processo justo, conforme assinalado em linhas anteriores, que para Theodoro Jr. (2016), deve não apenas preocupar-se com os aspectos formais e procedimentais, mas também com os escopos substanciais do processo, que exige do juiz a tarefa integrativa de atualizar e adequar a norma aos fatos e valores que envolvem o caso concreto que lhe foi submetido à apreciação.

Da análise dessas assertivas, é possível conceber que, para a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa, tem-se como primordial o papel que desempenha o processo como instrumento por meio do qual a jurisdição exerce sua função, encontrando na teoria da instrumentalidade a justificação da ideia de um processo substancialmente justo, portanto, de fundamental importância para a complementação do estudo proposto, a análise da Jurisdição e do Processo, com ênfase no “Devido Processo Legal” e na Instrumentalidade do Processo.

2.1 PROCESSO E JURISDIÇÃO

A princípio tem-se que a palavra processo etimologicamente deriva do latim *procedere*, significando ir avante, marcha, caminhada (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008). Do ponto de vista jurídico o processo pode ser compreendido, nas palavras de Didier (2014) como método de criação de normas, sendo que diante dessa assertiva identifica-se o processo legislativo, processo administrativo e também o processo jurisdicional, sendo este o meio pelo qual se exerce a jurisdição.

Jurisdição pode ser conceituada como sendo uma das funções soberanas do Estado, momento em que este se substitui às partes a fim de dar solução aos conflitos que lhe são levados à apreciação, além de resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei (SANTOS *apud* BARROSO, 2007).

Esta função do Estado tem seu marco temporal histórico no sobrepujamento da justiça privada pela pública, que estabeleceu o monopólio de dizer o Direito ao Estado, o qual, não mais admitindo a autotutela passa a se substituir às partes na solução dos conflitos, nascendo em contrapartida o direito de agir, ou seja, de que a todos é assegurada a possibilidade de se socorrer ao judiciário para a proteção de todo e qualquer direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Portanto, são duas as características principais da jurisdição, o caráter substitutivo e a atuação do direito, ambos voltam-se para seu escopo máximo que é a pacificação social. Desse modo, o Estado quando assume para si a função de dar solução aos conflitos sociais, retira das partes qualquer autonomia com relação a dizer a quem assiste a razão da causa, ao mesmo tempo em que ao decidir, garante a aplicação das normas de direito substancial e como consequência preserva a ordem jurídica e social pela imposição de sua vontade (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008).

Por este diapasão resta patente que a função jurisdicional não se limita a realização do direito material, mas ao aplicá-lo ao caso concreto, satisfaz um interesse maior do Estado que é preservar a paz e a ordem social.

Assim, a jurisdição é o principal meio de solução dos conflitos sociais, podendo se falar em acesso à justiça apenas após sua instituição, mas ao longo da história da humanidade, outras formas de solução de conflitos foram utilizadas como principais, a exemplo da autotutela, autocomposição e arbitragem, como se verá a seguir.

2.1.1 Origens

O Direito como ciência social está em constante evolução, ordenando a vida política e social das coletividades humanas, pois não é possível conceber um grupo social que não necessite de disciplina, sendo o direito produzido por dada sociedade aquela que corresponde as suas necessidades sociais, intelectuais, de crença, ideais e políticas, ou seja, o direito caminha ao lado da sociedade se modificando e se adaptando conforme os interesses e necessidades desta (GAVAZZONI, 2002). Assim, conclui o citado autor ao referir-se à interação entre sociedade e Direito e o progresso humano, que:

[...] não se pode negar, certamente, que o Direito caminhará por novos rumos. À proporção que a realidade social se modifica, assume novas formas, incorpora outros valores, se adapta a fatos do meio físico, cumpre o processo histórico, as normas que regulam a sua existência vão se alterando. O direito é, por isso mesmo, mutável, sociologicamente provisório, manifestação de superestrutura, cujas fontes se encontram naquela realidade social que lhe é subjacente e que o inspira e alimenta (ROSA *apud* GAVAZZONI, 2002, p. 06).

Nesse norte, tem-se que o Direito em sua dinamicidade tem acompanhado e ordenado a evolução das sociedades organizadas, porém, das primeiras notícias que se tem sobre a solução de conflitos relacionados aos grupos sociais, pode-se inferir que não era função estatal dizer o direito. Inicialmente na história da humanidade cada um dentro de suas possibilidades estaria autorizado a satisfazer seus interesses, caso considerasse possuir um direito. Esta primeira fase é tida como da “justiça privada”, ou “autotutela”, pela qual a função de dar solução ao conflito estava nas mãos do particular, nesta fase, portanto, definida também como vingança, imperava a lei do a mais forte (BARROSO, 2007).

Desse modo, seguindo o caminho evolutivo da humanidade, tem-se que este primeiro momento ocorreu na fase primitiva propriamente dita, momento em que não existia vestígios de um Estado politicamente organizado com força suficiente para dirimir os conflitos sociais, portanto, sem leis, imperava a vingança privada sem regras, pois,

De início na aurora da civilização, todo dano provocava, de imediato, a reação brutal por parte da vítima. A reparação se materializava na forra que era, por bem dizer instintiva e reflexa. Não havia, na reação, nem regras nem preceitos limitadores (SILVA, *apud* DESTEFENNI, 2005, p. 45).

Em um segundo momento dessa evolução, o Estado passa a intervir na execução da vingança, a qual ainda ocorre de forma parcial (efetuada pela própria parte), porém, verifica-se a existência de certa normatividade, mesmo que estas normas apenas limitem a atuação da parte, sendo exemplo dessa fase a Lei de Talião, sintetizada no aforismo “olho por olho, dente por dente” que se caracterizava pela resposta que correspondia a pagar o mal com mal idêntico (DINIZ, 2008).

Durante o período em que vigorou a justiça privada os sistemas de resolução de conflitos passaram, além da autotutela, pela autocomposição – as partes ou desistiam da pretensão, ou de resistir a ela, ou faziam concessões recíprocas – verificando-se que ainda dependiam da vontade das partes, porém, aos poucos foi se estabelecendo a arbitragem facultativa, a qual inicialmente era exercida por pessoa de confiança da parte – sacerdote ou ancião ligado a religião – sendo o árbitro nomeado por autoridade pública – pretor – para dar solução àquela causa específica. Em um momento posterior a arbitragem se tornou obrigatória proibindo-se a autotutela e ampliando o poder do Estado sobre a ordem privada que passou a estabelecer regras que garantissem a efetividade da decisão e a vinculação de terceiros a esta, nascendo assim o processo, tendo como exemplo legislativo desse início, a lei das XII tábuas (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008).

Os autores acima esclarecem que esta última fase antes da jurisdição se deu pela ampliação dos poderes do pretor, o qual mesmo contra a ordem legal, passou ele próprio a decidir as causas sem nomear árbitro para tanto – período conhecido por *cognitio extra ordinem* – sendo que este período teve início no século III dC e encerrou a fase da justiça privada iniciando a transição para a justiça pública, destarte com o fortalecimento do Estado, este de modo impositivo passou a analisar e resolver os conflitos, impondo de forma autoritária a solução da demanda, estabelecendo-se assim a jurisdição (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008).

Desse modo, a partir do estabelecimento da jurisdição, restou vencido o ciclo da justiça privada, estabelecendo-se em definitivo o monopólio do Estado na aplicação do Direito e por consequência lógica, o direito de agir, ou seja, o direito da pessoa vir perante o Estado-Juiz e dele socorrer-se no caso de lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Portanto, do exposto pode-se inferir que o “Direito de Ação” é pressuposto lógico do processo, este, caracterizando-se como instrumento por meio do qual os

órgãos jurisdicionais atuam dirimindo os conflitos entre os jurisdicionados, portanto legítimo instrumento de exercício do poder estatal – jurisdicional.

Quanto à natureza jurídica do processo, constitui-se como “relação jurídica”, na qual estão interligados seus sujeitos – Estado, demandante e demandado – por liames jurídicos que lhes atribui direitos e deveres no âmbito do processo, que se distinguem da relação de direito material que lhe deu origem (esta é a posição dominante no cenário jurídico pátrio quanto à natureza jurídica do processo) (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008).

Nesse aspecto perde força a concepção do processo como instrumento de simples realização do direito material a serviço do particular. O processo tem natureza pública, servindo em última análise à ordem e bem estar social, logo, deve ocorrer na conformidade com um ideal de justiça, que além de observar a legalidade, atenda à ética e a equidade e tenha por base os princípios fundamentais constitucionais orientando a marcha do processo, bem como, seu desfecho final.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Os primeiros vestígios históricos que são comumente apresentados pela doutrina para o estabelecimento embrionário da garantia do Devido Processo Legal, remetem à Magna Carta do Rei João “Sem-Terra” do ano de 1.215 na Inglaterra, a qual apresentava a locução “*law of the land*” substituída posteriormente pela expressão “*due process of law*” (FIOREZE, 2012).

Originalmente este documento legal tinha por finalidade proteger os barões, mas posteriormente fora estendida ao povo do Reino Unido, e garantia a todos o direito de somente ser submetido a julgamento se este fosse realizado por seus pares, com base em leis originadas daquela sociedade e por ela aceitas como razoável (CÂMARA, 2013).

Didier (2014) acrescenta que da expressão inglesa “*due process of law*”, “Law” remete a Direito e não à lei em sentido estrito, devendo, portanto, o processo estar em conformidade com o que prescreve a ordem legal vigente como um todo, não se restringindo à estrita legalidade.

O Princípio do Devido Processo Legal encontra-se explicitamente inserto na Carta Constitucional de 1988 (Art. 5º, LIV) e corresponde a garantia fundamental do jurisdicionado de não se ver privado de seus bens ou de sua liberdade, sem que o

seja por meio do processo, este legalmente instituído e respeitador de todas as demais garantias a ele inerente.

2.2.1 Conceito

O artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio é garantia fundamental constitucional que milita em favor do jurisdicionado contra qualquer arbítrio estatal, servindo não apenas ao direito processual civil, mas a qualquer ramo do direito.

Segundo Neves (2015) o Devido Processo Legal é princípio base, e como tal, bastaria sua previsão para condicionar o juiz à observância de todos os demais princípios processuais, pois o princípio em apreço pressupõe os valores e o ideal do justo existentes na sociedade, porém, o legislador não compreendendo desse modo previu como derivado deste, uma gama de outros princípios que o estruturam.

Nesse sentido é o magistério de Didier (2014), o qual aduz:

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CPC); proibem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI); o processo há de ser público (art. 5º, LX); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV), etc. Todas essas normas, princípios e regras, são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo (p. 48).

Cita ainda o aludido autor, os princípios da adequação, boa-fé e efetividade como corolários do devido processo legal, acrescentando que todas estas garantias compõem a dimensão formal ou procedimental do processo, enquanto pela dimensão substantiva ou substancial prende-se ao conteúdo das decisões, as quais devem ser substancialmente devidas. Para a doutrina brasileira esta dimensão estaria ligada à proporcionalidade e razoabilidade das decisões (DIDIER, 2014).

2.2.2 Princípios informadores do devido processo legal

Portanto, sem exaurir o rol dos princípios que derivam do Devido Processo Legal, verifica-se a imprescindibilidade para a formação do conteúdo axiológico

deste, os seguintes: Inafastabilidade da jurisdição ou Acesso à Justiça – analisado com minúcia neste trabalho –, Contraditório e Ampla defesa, Duração Razoável do Processo, Juiz Natural, Igualdade Processual, Publicidade e Motivação.

2.2.2.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Estes dois princípios encontram-se previstos na Carta Magna de 1988 em seu Art. 5º, LV preceituando que em todos os processos, judiciais ou não, deve ser assegurado o contraditório e ampla defesa, portanto, são conexos e definem a garantia das partes de conhecer de todos os atos do processo e contraditá-los se assim entenderem, utilizando-se para isso de todos os meios possíveis no âmbito do processo.

Segundo Neves (2015) são tradicionalmente reconhecidos como elementos do contraditório a “informação” e a “possibilidade de reação”, porém na atualidade surge um novo elemento, que é definido como “poder de influência”, esse ocorre no momento que as partes exercem o contraditório de modo efetivo que possa realmente influenciar no convencimento do juiz.

Didier (2014) afirma que tal poder de convencimento presente no conceito do contraditório, perfaz sua dimensão substancial a qual corresponde ao princípio da ampla defesa.

Desse modo, com base nos elementos dos princípios em tela, é que se garante às partes o direito de serem informadas de todos os atos do processo, e de participarem ativamente, produzindo provas ou a elas resistindo, argumentando e dialogando de forma a influenciar efetivamente na produção do provimento.

2.2.2.2 Princípio da Isonomia ou Igualdade Processual

Logo no caput do art. 5º a Constituição Federal de 1988 proclama: "*todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza*", esta igualdade refere-se à substancial, ou isonomia que garante tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais (CÂMARA, 2016).

Quanto à relação processual se presta a garantir a chamada paridade de armas, possibilitando que às partes serão asseguradas as mesmas possibilidades, sendo-lhes fornecidas as mesmas armas, para que lutem em pé de igualdade.

Segundo Didier (2014) esta paridade de armas não significa dizer que as partes serão tratadas de modo simétrico em todos os atos do processo, mas que deve haver equilíbrio na distribuição das possibilidades na produção das provas e argumentação em defesa da pretensão, quanto à resistência a esta.

2.2.2.3 Princípio da Duração Razoável do Processo

Prevê o “Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, este inciso foi acrescentado pela emenda constitucional n. 45/2005 tendo por finalidade conter os abusos da morosidade processual, que afrontam o princípio do acesso a uma ordem jurídica justa, pois conforme aponta Theodoro Jr.(2016) a tutela não deve demorar, sob pena de não ser efetiva, uma vez que, ainda que favorável uma decisão, tendo sido demasiado grande o tempo de privação desse bem, importará por certo em injustiça.

2.2.2.4 Princípio do Juiz Natural

Princípio de fundamental importância para a preservação do Estado democrático de Direito encontra-se previsto no artigo “Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção”, cuida de garantir que não haja julgamentos efetuados com parcialidade, por juízes sem legítima investidura ou por tribunais com formação posterior ao fato, ou seja, proíbe a criação de juízos ou tribunais de exceção.

2.2.2.5 Princípio da Motivação e Publicidade

Ambos previstos no artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, cuja redação da primeira parte assinala que serão públicos os julgamentos e fundamentadas as decisões, desse modo quanto à publicidade, a segunda parte do citado artigo aponta as exceções que são aquelas que devem preservar a intimidade e a ordem pública.

Quanto à fundamentação das decisões, Neves (2015) leciona que, em um primeiro momento dirige-se às partes, às quais deve ser dado conhecer das razões da decisão para que possam ter condições de fundamentar recurso, ao mesmo tempo em que se dirige ao órgão recursal competente oferecendo-lhe subsídios para analisar se há fundamento na impugnação da decisão.

Por último aponta o citado autor que, em tempos atuais o aspecto político da motivação ganha relevância, pois,

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade (NEVES, 2015, p. 90).

Portanto a motivação é imprescindível, já que sua falta, afronta norma constitucional explícita, cria óbice à parte com relação à fase recursal e ainda do ponto de vista político favorece a insegurança diante da possibilidade de arbitrariedade estatal.

Em face dos princípios analisados, fica patente que o processo em ambas dimensões – formal e substancial – assume cada vez mais sua feição de instrumento de pacificação social, o qual exige a observância dos princípios e garantias constitucionais sem os quais, não há se falar em Devido Processo Legal.

Sob este enfoque substancial do processo tem se desenvolvido atualmente um novo conceito de processo devido, como sendo a constitucionalização do processo, processo tido como justo, sendo aquele que não se conforma apenas à regularidade de seus aspectos procedimentais, mas que tem em mira a realização dos direitos fundamentais, conforme assinala Theodoro Jr. (2016, p. 69).

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e com a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que devem prevalecer na vigência e na harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Desse modo, verifica-se que o devido processo legal como cláusula geral cujo conteúdo encontra-se em constante evolução ou adaptação, vem continuamente

agregando valores, representa, portanto, uma garantia em construção, como se pode inferir do princípio da duração razoável do processo que adentrou formalmente a ordem constitucional apenas em 2005.

Ainda, dentre outras novidades, a questão do aspecto político da motivação das decisões, e o que falar da dimensão substancial do princípio do contraditório que da ênfase ao seu novo elemento, “poder de influência” o qual pretende efetivar a participação em diálogo das partes processuais com o magistrado o qual tem a seu lado o princípio da cooperação, da persuasão racional etc., tudo isso voltado à busca da democratização do processo a fim de torná-lo menos formal e mais voltado à realidade social.

Por este aspecto torna-se indispensável a análise da teoria da instrumentalidade, a qual tem mostrado influência na legislação processual civil recente e que pretende a análise do processo e da jurisdição pela vertente de seu escopo primordial que é a pacificação social, esta decorrente dos escopos metajurídicos da jurisdição – sociais, políticos e jurídico.

2.3 INSTRUMENTALIDADE

Quando se fala em instrumentalidade, de plano, infere-se que está a se referir a instrumento, ou seja, meio para se alcançar algum objetivo, portanto, não se pode olvidar que seja este mesmo o sentido conferido a instrumentalidade do processo. Assim, “o processo é instrumento da jurisdição, o meio de que se vale o juiz para aplicar a lei ao caso concreto” (GONÇALVES, 2016, p. 40).

Com relação à metodologia com que foi tratado o direito processual, pode-se identificar segundo Grinover, Cintra e Dinamarco (2008), três fases, sendo a primeira aquela em que o processo era visto apenas como forma de exercício dos direitos, sendo que a “ação era concebida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, obtinha forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008, p. 48), não se visualizando qualquer autonomia do processo em relação ao direito material.

Em um segundo momento vislumbra-se a fase “autonomista” que passou a tratar o processo como um corpo de técnicas e formas que se dispunham a realização do direito material, sem preocupações com seus resultados no âmbito social.

Com relação à terceira fase pode-se afirmar que se encontra em evolução e se tem por instrumentalista, esta vem sendo desenvolvida pela processualística moderna e pode, segundo os mesmos autores, ser tomada por dois aspectos: instrumentalidade negativa e instrumentalidade positiva.

Pelo aspecto negativo da instrumentalidade é possível compreender que o processo apesar de gozar de autonomia em relação ao direito material, dele não se dissocia não podendo o processo ser tomado como um fim em si mesmo, de modo a prejudicar direitos em nome de excessos de formalidades, podendo ser apontada a instrumentalidade das formas pela qual o rigor dos procedimentos só possuem fundamento quando passíveis de causar prejuízos às partes.

Quanto ao aspecto positivo, este pode ser entendido como pragmático na conceituação de instrumentalidade na contemporaneidade, pois visa a garantia de um processo que seja instrumento da manifestação do Estado por meio da jurisdição no intuito de cumprir o escopo social "magno" do direito que é, em última análise, a pacificação social, portanto:

[...] a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico material e ao mundo das pessoas e do Estado*, com realce a necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho a "*ordem jurídica justa*". Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça* (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008, p. 47, grifos do original).

Não é possível falar da instrumentalidade do processo sem lançar mão dos ensinamentos do doutrinador Candido Rangel Dinamarco (1990), o qual em obra clássica (A Instrumentalidade do Processo) da doutrina brasileira, há três décadas colocou em discussão as bases teóricas da disciplina do processo – especialmente do processo civil – na busca por desvencilhá-lo de seu aspecto exclusivamente privatista centrado na ação, que o percebe como instrumento a serviço da parte, ou como uma extensão procedimental do direito material, para concebê-lo autônomo e público, voltado à satisfação das necessidades sociais – aspecto publicista do processo –, e por este viés demonstrar a necessidade de reformas que tornem o processo menos formal a fim de conferir-lhe maior efetividade.

Para a busca dessa efetividade do processo, Dinamarco aponta que devem ser perseguidos pelo Estado por meio da jurisdição os seguintes escopos: sociais, políticos e jurídico, sendo que juntamente com Grinover e Cintra, afirma:

Falar em **instrumentalidade do processo**, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material [...]. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: **sociais, políticos e jurídico**. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da **pacificação social** [...] constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2008, p. 47, grifos do autor).

Desse modo, segundo o magistério de Dinamarco (1990), tem-se que, por meio da instrumentalidade, “propõe-se a desmitificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandora efetividade do processo” (DINAMARCO, 1990, p. 5), sendo, portanto, a efetividade o ponto central sobre a qual deve o processo estar ancorado a fim de que o exercício da jurisdição se desenvolva no sentido de concretizar seus escopos sociais, políticos e jurídico.

2.3.1 Escopos da jurisdição

Com base na instrumentalidade do processo, utilizando-se ainda da doutrina de Candido Rangel Dinamarco (1990), é possível apontar, conforme visto em linhas anteriores, que são de três naturezas os escopos da jurisdição: sociais, políticos e jurídico, logo o processo não pode ser visto como um fenômeno apenas jurídico, pois, muito embora seu escopo principal seja este, volta-se também à realização dos fins sociais e políticos do Estado.

Ensina Câmara (2013), que a aceitação da existência dessas três ordens de escopos da jurisdição, basta para se ter consciência de que o processo não é apenas um fenômeno jurídico e, portanto deve ser analisado também em seu aspecto sociopolítico, pois como instrumento estatal volta-se à realização do bem comum.

Portanto, pelo enfoque positivo da instrumentalidade tem-se que o processo enquanto instrumento posto a serviço do Estado por meio do exercício da jurisdição deve estar atento aos objetivos a serem por ele alcançados, os quais devem ser

bem definidos, pois “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego” (DINAMARCO, 1990, p. 150).

2.3.1.1 Escopos sociais

Segundo Câmara (2013) os escopos sociais da jurisdição, se desdobram em “pacificação com justiça” e “educação”, sendo que aquele decorre do fato de que o processo se presta, inclusive – não é simples meio de resolução de conflitos – a resolver os conflitos que surgem na sociedade, devendo esta solução ser ofertada com justiça.

Nesse sentido, Dinamarco (1990) leciona que este escopo social é atingido porque a eliminação do conflito pelo Estado por meio da jurisdição corresponde ao meio idôneo que torna a decisão aceitável ainda que desfavorável, pois tem-se esta como a melhor e mais definitiva no espírito da parte, visto que participou da sua preparação – contraditório por exemplo – por meio dos procedimentos.

Portanto, uma decisão, ainda que desfavorável pode ser menos incômoda que a perpetuação do conflito, mas esclarece o citado autor que, não significa que a decisão baste para cumprir o escopo da pacificação social, a atividade estatal deve pautar-se por critérios justos.

Do mesmo modo que a definitividade das decisões como exemplo desse escopo, por tornar segura a órbita jurídica, pois “a certeza pacífica e é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação” (DINAMARCO, 1990, p. 158).

O segundo escopo social apontado pela doutrina como sendo a Educação se realiza por meio da orientação que emana do exercício da jurisdição no sentido de fortalecer o entendimento do cidadão sobre seus direitos e obrigações, pois por meio do exercício da jurisdição se ensina as pessoas aquilo que não podem fazer sob pena de sofrerem as sanções da lei, ao mesmo tempo em que lhes ensina a buscar seus direitos e defender seus interesses (CÂMARA, 2013).

Conclui Dinamarco (1990) que as aberturas ao acesso à resolução de conflitos por meio dos juizados, por exemplo, ou da remoção de outros obstáculos

se dá pela educação exteriorizada pelo exercício regular da jurisdição, sendo este um dos objetivos a ser perseguido com a finalidade de fazer com que, cada vez mais a população venha a se socorrer do Estado-Juiz buscando solução para suas insatisfações e com isso elevar o nível de confiança e satisfação da população.

Certamente este é um dos meios que podem favorecer o acesso à justiça por minimizar a barreira cultural ou intelectual citada por Cappelletti e Garth, e que por este viés do escopo da educação pode ser vista como a resposta positiva do jurisdicionado frente a lisura com que se apresente a solução dos conflitos sociais pela jurisdição, não deixando margem para desconfiança no espírito da sociedade.

2.3.1.2 Escopos políticos

Por certo que a jurisdição é manifestação do poder político do Estado, pois por meio dela se exterioriza a porção de poder que compete ao judiciário e que tem por finalidade afirmar a imperatividade de seus atos, assegurar as liberdades e democracia popular, assim, tem-se que os escopos políticos da jurisdição são três: a) afirmar o poder do Estado; b) concretizar o culto ao valor da liberdade e c) assegurar a participação do cidadão nos destinos da sociedade.

O primeiro desses escopos políticos é afirmar o poder do Estado, portanto, como função estatal de afirmação de poder, a jurisdição impõe a força de todos os seus atos e decisões pela imperatividade de seus comandos e assegura a ordem jurídica por meio da imutabilidade de suas decisões.

Por meio da afirmação do poder é que o Estado garante o alcance dos demais escopos, como por exemplo a concretização do culto à liberdade que é o segundo seguimento do escopo político e tem por finalidade assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados e a própria democracia conforme assinala Câmara:

A palavra "liberdade", aqui empregada, não deve ser entendida apenas como liberdade de ir e vir, ou liberdade de expressão. O termo "liberdade" é empregado aqui no sentido mais amplo que pode ter, significando garantia fundamental. Liberdades públicas: estas é que devem ser asseguradas pelo Estado-Juiz no exercício da função jurisdicional. Trata-se de uma limitação do poder estatal, o qual não pode ser absoluto, sob pena de se contrariarem os cânones do Estado Democrático de Direito (2013, p. 94).

O último item dos escopos políticos trata da questão de “assegurar a participação do cidadão nos destinos da sociedade”, este escopo tem o nítido objetivo de manutenção da democracia, por meio da participação popular nas ações que envolvam direitos difusos, por exemplo, que são garantidos por meio da Ação Popular, Ação Civil Pública e demais decisões que envolvem direitos coletivos de interesse geral da população, bem como a participação popular nos destinos da própria nação.

2.2.1.3 Escopo jurídico

Segundo Câmara (2013) o escopo jurídico nada mais é que a própria atuação da vontade concreta do direito objetivo, visto que o Estado exerce sua função jurídica quando por meio da obediência à lei oferece solução ao caso concreto levado a sua apreciação.

Nessa esteira Dinamarco (1990) ensina que além de dar o provimento jurisdicional correspondente ao direito material, deve-se ter em mira a efetividade alcançada pela realização dos demais escopos, especialmente o escopo máximo da jurisdição que é a pacificação social, sendo necessário dotar o processo de meios que favoreçam a rápida solução do conflito, ao mesmo tempo em que preservem a boa qualidade da decisão que não deve se afastar do direito material, nem da justiça.

Por este viés de justiça é que se pode verificar que a teoria da instrumentalidade do processo defendida por Dinamarco assenta suas bases sobre as premissas da efetividade do processo e do processo justo, como sendo aquele que não se mantendo preso a formalidades exageradas se desenvolve a partir das necessidades do seu tempo. Assim o processo deve acompanhar as mutações sociais e corresponder aos ideais de justiça do momento em que se desenvolve.

Portanto, o momento é de constitucionalização do processo, não se admitindo que o provimento jurisdicional fira as garantias fundamentais. Ao revés abre-se espaço para novas teorias e práticas judiciais, tais como as técnicas de ponderação ou ativismo judicial que são comumente utilizadas para garantir direitos fundamentais, ocorre que nesse entrelaçamento entre legal, justo, ético, permitido, nesse universo de possibilidades jurídicas, torna-se questionável os limites de discricionariedade permitida ao juiz em relação a tais ponderações, como exemplo,

das medidas executivas atípicas previstas no artigo 139, IV do Novo Código de Processo Civil - NCPC.

Este tema, novidade no NCPC é clausula geral de efetividade que amplia o campo de possibilidades para além daqueles previstos no artigo 536 §1º do citado código, cuja questão é perquirir qual o limite de tal ampliação. Assim em virtude da importância do assunto para a pesquisa proposta, passa-se a sua análise em capítulo seguinte.

3 GESTÃO FORMAL E MATERIAL DO PROCESSO: O PAPEL DO JUIZ QUANTO À EFETIVIDADE DO PROVIMENTO EM FACE DO ARTIGO 139, IV DO NCPC

Gestão é termo que se encontra em voga e diz com propriedade sobre a administração pública no sentido de gerência dos negócios públicos – *res pública* – e que do mesmo modo, na atualidade alcança o poder judiciário quanto à afetação de funções administrativas que acometem os magistrados no acúmulo de funções jurisprudencial e de gerência de fóruns e tribunais e que por certo também são de vital importância para o acesso à justiça, uma vez que, com a gestão judiciária busca-se a excelência no desempenho da função jurisdicional (REIS, 2010).

Em que pese a virtude dessa natureza de gestão pública, não é dela que se pretende expor aqui, mas sim da gestão do processo efetuada pelo juiz enquanto seu diretor e, neste sentido o termo “gestão processual” o qual remete a um juiz gestor do processo, é princípio expresso no código civil português de 2013 em seu artigo 6º tendo por objetivo a ampliação dos poderes do juiz, sendo que, quanto à gestão formal do processo, visa garantir a tempestividade e a razoabilidade da decisão e quanto à gestão material busca a decisão justa (MOREIRA, 2016).

Afirma ainda a citada autora que no Brasil o Código de Processo Civil de 2015 ainda que não tenha expressamente firmado tal expressão, previu esta gestão processual conferindo ao processo o aspecto colaborativo, consagrando ainda ao juiz poderes de direção previstos no artigo 139 do CPC a ser analisado à diante.

Portanto, a gestão a que se refere, não é de natureza administrativa, propriamente, mas aquela que ocorre dentro do processo e é desempenhada pelo juiz do processo, como gestor de sua marcha quanto suas formalidades e procedimentos, mas também quanto à realização do aludido processo justo, o qual exige uma atuação mais participativa e cooperativa do juiz.

Conforme introduzido em capítulo anterior, em virtude da constitucionalização do processo, existem entendimentos no sentido de o devido processo legal ser concebido em dois aspectos, sendo o formal ou procedimental e material ou substancial.

O devido processo legal formal se refere àquela parte do processo ligado ao aspecto procedimental que corresponde ao contraditório, ampla defesa, juiz natural dentre outros, ou seja, as garantias que decorrem dos princípios correlatos ao

princípio do devido processo legal ligado à marcha do processo (THEODORO JR., 2015).

O devido processo legal substancial, por seu turno, corresponde ao aspecto em que é observado o caráter devido do provimento, se ele é razoável, proporcional, ou seja, justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015). Desse modo, tem-se que,

A regularidade formal de uma decisão, por si só, não basta: é necessário que ela seja substancialmente devida. A teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal *justo e adequado*, materialmente informado pelos *princípios da justiça*, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei (NOVELINO, 2014, p. 899).

Lembra Didier (2014) que não há uma dicotomia entre estes dois aspectos, mas que são complementares e devem ser ambos observados. Este pensamento coaduna-se com o de Theodoro Jr. (2016) o qual salienta ainda, que devem prevalecer sempre as normas e princípios constitucionais, pois o devido processo legal traz ínsito o objetivo substancial do “processo justo”.

Desse modo, reconhecer a necessidade de um processo formal e substancialmente justo torna forçoso também admitir como imprescindível para sua concretização o papel desempenhado pelo juiz.

Quanto a este papel, resta patente na doutrina processual atual que o processo moderno e constitucionalizado não comporta mais um juiz destituído de poder, apenas a aplicar a lei, pois a concepção de processo justo, não se prende apenas aos aspectos formais, "Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a 'boca da lei' a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador" (THEODORO JR. 2016, p. 70).

Novelino (2014) ao referir-se a decisão justa, afirma que esta depende da tese e da antítese formada pelas partes e se completa pela síntese corporificada pelo juiz. Assim, visualiza-se o princípio da cooperação consagrada no NCPC que retira o juiz do papel de mero expectador do processo para torná-lo parte ativa na busca pela decisão justa.

3.1 O MAGISTRADO – JUIZ

Magistrado é palavra derivada do latim *magistratus*, *magister*, tendo como raiz o prefixo *mag*, o qual remete à grande, sendo que o título de magistrado historicamente sempre esteve ligado à função jurisprudencial, ou seja, à função de dizer o direito e com isso dar solução aos conflitos sociais (BARROSO, 2007).

Hodiernamente o magistrado gestor do processo é aquele consagrado constitucionalmente pelo princípio do juiz natural, conduzindo ao entendimento de que este é o juiz legalmente investido do poder do Estado e que goza de total imparcialidade, requisito que mais do que garantir a justiça da decisão para as partes, é garantidor da própria segurança jurídica e do Estado democrático de Direito, como se pode inferir das palavras de Nery Jr, o qual aduz que,

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral (2002, p. 66).

Por essa vertente de defesa do interesse social, revela-se a importância da figura do juiz, o qual é órgão do poder judiciário que no imaginário popular representa a baliza moral da nação, sendo nesse sentido o apontado por Garapon, o qual afirma que diante de uma crise de valores que a sociedade enfrenta, seria o judiciário e, portanto, o juiz, “a última instância moral da nossa sociedade, uma das últimas instâncias simbólicas a se manter de pé” (*apud* OLIVEIRA, online, 2012).

Muito embora, Oliveira (2012) manifeste-se no sentido de que desde a edição do livro de Garapon (*O Juiz e a Democracia – O guardião das Promessas*, 2001), vem ocorrendo uma erosão do juiz como símbolo, sendo a sua reconstrução necessária, cujo caminho seria a formação ética dos juízes, é inegável que a figura do juiz para a sociedade ainda representa um pedestal moral que vela pela justiça.

Por este viés, tem-se que sendo o Direito, tal qual os valores da sociedade, dinâmico, não se pode aceitar um juiz insensível ou indiferente, por isso o juiz do atual processo constitucional não é mais o historiador preocupado com a reconstrução dos fatos passados pelas partes, ele é o juiz interventor, o qual se contrapõe ao juiz neutro, expectador, pressupondo, portanto, um juiz que possua

poder de emitir ordens e fazer com que se cumpram, pois não é possível conceber-se a prestação da tutela jurisdicional por juiz destituído de poder (PEREIRA FILHO, online, 2015).

Nesse passo, cumpre lembrar que o NCPC prestigiou um juiz cooperativo, portanto muito embora o impulso inicial do processo ainda seja reservado apenas às partes, não é mais defeso ao juiz influir na marcha do processo probatório, lhe sendo permitido interferir quando necessário à formação de seu convencimento, bem como, para além da decisão, o diploma legal municiou o juiz de uma gama de modalidades executivas voltadas à efetivação da sentença, tais como os tipicamente previstos nos artigos 536, 537 e 538 e outros, ainda previu a possibilidade de imposição de medidas atípicas previstas no artigo 139, IV do novo diploma processual civil, que são um dos focos principais do presente estudo e, portanto assunto a seguir.

3.1.1 Os poderes do juiz no artigo 139 do NCPC

Quanto ao poder-dever do juiz na direção do processo, tem-se, dentre outros o artigo 139 do CPC/2015 o qual em seu caput, determina o poder de direção do juiz, seguindo em seus incisos a descrição das obrigações desse órgão no desenrolar do procedimento apuratório, evidenciando a soberania da jurisdição e a submissão ao devido processo legal com as garantias constitucionais da paridade (I), proporcionalidade e razoabilidade (II e III), efetividade (IV), cooperação (V), poder de polícia (VI), imperatividade de seus comandos (VII), entre outras.

Portanto, na direção do processo o juiz no Estado Democrático, pauta-se pela condução paritária, ou seja, mantém-se no mesmo nível das partes obrigando-se igualmente à observância dos princípios constitucionais do processo, apenas alçando posição em relação às partes por ocasião da sentença. Assim, tem-se um juiz paritário com relação ao diálogo entre as partes e assimétrico quanto à decisão, guiando-se pelo princípio da cooperação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

O juiz exerce a direção do processo de modo imparcial, mas não desinteressada, pois como agente público tem interesse na prestação adequada da tutela, não sendo sua posição de superioridade em relação aos demais sujeitos do processo, nem tampouco de subordinação.

Verifica-se, destarte a preocupação do legislador com relação ao acesso efetivo à ordem judicial, dispondo em termos processuais conforme inciso X, que em observando a incidência de causas repetitivas ao juiz incumbe favorecer a juntada dessas demandas em ação coletiva, a fim de otimizar a prestação da tutela jurisdicional.

No mesmo sentido de efetividade do processo, nota-se em relação ao cumprimento de sentença, ampliação das medidas de efetivação, por certo com o fito de tornar realmente efetiva a tutela de direitos, inclusive os de natureza pecuniárias.

3.2 ARTIGO 139, IV – CLÁUSULA GERAL DE EFETIVIDADE

Conforme introduzido acima, o artigo 139, IV do NCPC dispõe sobre medidas que podem/devem ser determinadas pelo juiz a fim de motivar/coagir o vencido a cumprir com o que determina a sentença.

Assim, estabelece o citado inciso IV do diploma processual como incumbência do juiz: “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL, 2015).

Trata-se de poder atribuído ao juiz, destinado a que ele torne efetivo o cumprimento de suas decisões. A lei mune o juiz de poderes para impor a realização dos atos por ele determinados e das ordens dele emanadas. Embora o juiz possa se valer desse dispositivo em qualquer tipo de processo, já que em todos eles podem ser emitidas ordens ou determinações para cumprimento das partes, o dispositivo é de fundamental relevância nos processos de pretensão condenatória, seja na fase cognitiva, seja na fase de cumprimento de sentença e nas execuções (GONÇALVES, 2016, p. 289).

Como se pode observar, as medidas previstas no inciso IV são de aplicabilidade geral em relação a qualquer natureza processual, bem como, também servem a todas as fases do processo.

Segundo Streck (online, 2016) trata-se de cláusulas gerais de efetivação, estas segundo Didier, são normas de conteúdo vago e indeterminado, casos em que, ao invés de subsunção, exige-se concretização e, portanto, favorecem a

criatividade jurídica, uma vez que, diante do caso concreto o juiz é instado a interferir de modo mais ativo na criação do direito.

Trata-se, de poder de *imperium* do qual é dotado o juiz e converge para a concretização de suas ordens, servindo tanto para a fase procedimental do processo, tais como as ordens instrutórias ou exhibitórias, quanto àquelas ligadas à tutela material do direito que se vislumbra pelas técnicas executivas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Por conseguinte, são medidas executivas atípicas, que ampliam principalmente o rol do artigo 536 § 1º do mesmo diploma legal, ficando a cargo do magistrado a imposição de medidas que entender proporcionalmente adequadas ao cumprimento efetivo da sentença que conforme verbete, podem ser indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

3.2.1 Medidas mandamentais

Inicialmente, como ensina Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2015) houve certo exagero na técnica gramatical do citado inciso, uma vez que confundem-se os institutos ali definidos, sendo que nas medidas mandamentais estariam contidas as medidas indutivas e sub-rogatórias, ao mesmo tempo em que medidas coercitivas são espécies de medidas indutivas.

No ordenamento jurídico pátrio tem-se por mandamental a ordem emanada de juiz que possui um comando impositivo no sentido de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (THEODORO JR, 2016).

São ordens que derivam do juízo e indicam uma obrigação de fazer ou não fazer conforme a pretensão deduzida, tendo como exemplo pragmático o Mandado de Segurança, mas dentre várias possibilidades é possível citar ainda o *habeas corpus* o interdito possessório ou mesmo o arresto e o sequestro, bem como, identifica-se a natureza mandamental na decisão que fixa multa quando se trata de obrigação de fazer ou não fazer (WALDRAFF, online, 2016).

Nesse sentido, tem-se que “na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, mas ordem atrelada à coerção indireta” (MARINONI *apud*, WALDRAFF, online, p. 119), desse modo, as medidas mandamentais emitem uma ordem que não comporta evasiva, sob pena de responsabilidade inclusive criminal para seu descumprimento.

3.2.2 Medidas sub-rogatórias

As medidas sub-rogatórias são típicas da atividade substitutiva da jurisdição, por meio da qual o Estado-Juiz no lugar do obrigado busca satisfazer o direito material que pertence à parte vencedora com a obtenção do resultado idêntico ou equivalente, sendo exemplo dessa modalidade de medidas, a busca e apreensão de bem a ser entregue ao credor, alienação judicial com a consequente satisfação do crédito pelo valor levantado, a execução de obra por terceiro às custas do obrigado e ainda a nomeação e posse de servidor público em substituição à autoridade a quem competia fazê-lo (MEIRELES, 2015).

Desse modo, são sub-rogatórias as medidas pelas quais não seja necessária a participação direta do obrigado, podendo ser concretizada pelo próprio juiz e seus auxiliares em substituição a este.

3.2.3 Medidas coercitivas

As medidas coercitivas podem ser definidas como aquelas que, em não sendo cumprida tempestivamente a sentença, impõem-se um castigo ao obrigado. São comuns – mas não exclusivas – nas obrigações de fazer infungíveis, onde há necessidade da participação do obrigado, pois sendo estas de prestação pessoal, como o caso de artista, por exemplo, que deixa de comparecer a um compromisso, nessa situação o Estado não pode substituir-se a ele e cumprir a obrigação, portanto cabe-lhe a imposição de punição (MEIRELES, 2015).

O mesmo autor cita como principal exemplo de medida coercitiva a imposição de multa (astreintes), por meio da qual se pretende que o devedor sinta-se coagido e satisfaça a obrigação, por isso a medida deve corresponder a valor que se torne suficiente para efetivamente constranger o devedor a voluntariamente cumprir com sua obrigação.

3.2.4 Medidas indutivas

As medidas indutivas, ainda conforme lição de Meireles (2015) se consubstanciam naquelas em que é oferecido ao obrigado uma vantagem na adimplência tempestiva da obrigação, por isso são chamadas de premiais, pois

oferecem um prêmio para incentivá-lo ao cumprimento da ordem judicial, sendo que para tanto o próprio código de processo civil conta com inúmeros dispositivos dessa natureza, tais como parcelamentos e abatimentos de dívidas, sendo exemplos os artigos 916 (parcelamento), 827 § 1º (redução de honorários), 1.040 §2º (dispensa de honorários e ônus de sucumbência) dentre outras possibilidades que possuem a finalidade de motivar a parte ao cumprimento da sentença.

3.3 INSTRUMENTALIZAÇÃO DO ARTIGO 139, IV

Medidas mandamentais, sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas não são novidades na legislação processual, uma vez que encontravam-se também previstas no código deposto, pois conforme explanado acima na exposição conceitual de cada modalidade pode-se inferir que todas as mencionadas encontravam-se previstas anteriormente à reforma processual, ocorre que tais medidas além de típicas, dirigiam-se, como regra, às obrigações não pecuniárias.

Portanto a novidade do preceito em comento está no fato de que o legislador estendeu todas as medidas de efetivação da sentença às obrigações pecuniárias, ampliando também as modalidades de medidas que, em tese, poderiam, extrapolar o rol das positivadas a serem implementadas pelo juiz com base nas regras de ponderação.

Por este norte, é possível apontar com base em Abelha (*apud* WALDRAFF, online, 2016), que o magistrado atuando em favor do sistema constitucional, voltando-se para a efetividade da execução, deve combinar as medidas ortodoxas do antigo código com a nova ordem processual, escolhendo a técnica que parecer mais adequada e efetiva para a satisfação da norma material.

Por esta perspectiva de possibilidade de se lançar mão de medidas que não estejam previstas na legislação a fim de dar cabal utilidade ao preceito contido no inciso IV, levantam-se hipóteses de medidas, que em termos teóricos poderiam ser utilizadas pelo magistrado para alcançar o fim nele proposto, em última análise dar efetividade ao Direito e garantir a ordem social e a soberania das decisões judiciais.

Nesse passo, vale citar a título ilustrativo um criativo rol de medidas atípicas proposto por Abelha (*apud* WALDRAFF, online, 2016, p. 309-310), conforme segue:

- proibição contra o devedor pessoa física de exercer certas funções em sociedades empresariais ou na Administração Pública;
- proibição de contratar com a própria Administração Pública;
- indisponibilidade de bens móveis e imóveis;
- proibição de uso de cartão de crédito;
- suspensão de benefício fiscal;
- suspensão dos contratos, ainda que privados, de acesso aos serviços de telefonia, Internet, televisão a cabo etc., desde que não essenciais à sobrevivência (tais como os de fornecimento de energia e água);
- proibição de frequentar determinados locais ou estabelecimentos;
- apreensão do passaporte (se pode o mais que é prender em caso de prestações alimentares, pode o menos, isto é, restringir parte do direito de ir e vir);
- apreensão temporária, com desapossamento, de bens de uso (exemplo: veículos), desde que não essenciais (exemplo: roupas ou equipamentos profissionais);
- suspensão da habilitação para dirigir veículos;
- bloqueio da conta-corrente bancária;
- embargo de obra;
- fechamento do estabelecimento;
- restrição ao horário de funcionamento da empresa etc.

Nota-se, que pela perspectiva do citado autor são grandes as possibilidades de imposição de medidas que de algum modo venham a favorecer a implementação da ordem mandamental imposta a qualquer tipo de obrigação, até mesmo, e com certo vigor, nas hipóteses de obrigações pecuniárias, visto que as medidas executivas à disposição dessa modalidade de obrigação, mostram-se incipientes, como observa Silva (online, 2016):

As opções ordinárias disponibilizadas ao credor para obter informações acerca dos bens do devedor, como o *bacenjud*, *renajud*, *infoseg*, diligências em cartórios de imóveis, junta comercial, créditos perante terceiros, etc., infelizmente, não são efetivas diante das manobras maliciosas que podem advir do devedor.

Assim, tais manobras ou mesmo a má-fé do devedor, servem de fundamentação para a imposição das medidas atípicas, conforme é possível observar – apenas como exemplo, já que não é a única decisão nesse sentido – nos autos do processo 4001386-13.2013.8.26.0011-TJ/SP/Foro Regional de Pinheiros/SP, salvo engano, a primeira decisão baseada no artigo 139, IV do CPC/2015.

No caso em exame a juíza Andreia Ferreira Musa, nos autos de processo de execução no dia 26/08/2016, determinou como medida coercitiva atípica a suspensão da carteira nacional de habilitação, apreensão de passaporte e bloqueio dos cartões de crédito do obrigado, utilizando como parâmetro o enunciado n.

48/ENFAM⁵ a magistrada afirmou estar o caso tratado nos autos, dentro das hipóteses passíveis de aplicação do artigo 139, IV (CPC), visto que o feito tramita desde o ano de 2013 sem que o obrigado tome qualquer atitude tendente ao cumprimento da obrigação e acrescentou ainda, terem sido utilizadas todas as medidas executivas típicas cabíveis, sem qualquer êxito⁶.

Cumpre salientar que a citada decisão fora reformada pelo TJ/SP, oportunidade em que o voto vencedor fora fundamentado na necessidade de garantir a liberdade pessoal e o direito de ir e vir do devedor (*Habeas Corpus n. 218371385.2016. 8.26.0000-TJ/SP* rel. Des. Marcos Ramos).

Do mesmo modo divergente, vem sendo eventualmente as decisões impostas no juízo *a quo* e apreciadas nas instâncias superiores, sendo certo que a aplicação do dispositivo legal, bem como, as técnicas adotadas pelo magistrado, não encontram consenso entre os juristas, porém, de todo o exposto até esse ponto do trabalho, pode-se inferir que a efetividade da decisão judicial, no sentido de obter de fato a concretização do direito material, torna-se cada vez mais, um requisito essencial ao acesso efetivo a uma ordem jurídica justa e ao aperfeiçoamento do dito “processo justo”.

A questão, portanto, se assenta na instrumentalidade dessas técnicas, que atualmente, em razão de sua recenticidade, tem gerado um acirrado debate entre operadores do direito, bem como, na comunidade jurídica em geral, cujas opiniões transitam entre a dogmática e o ativismo jurídico, levantando-se o questionamento de quais os limites e as possibilidades de aplicação dessas medidas diante da constitucionalização do processo, sendo o que se pretende discutir em capítulo seguinte com vistas à conclusão do presente.

⁵ Enunciado n. 48 ENFAM (Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrado): O art. 139, inciso IV, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos.

⁶ Processo 4001386-13.2013.8.26.0011/TJ/SP – Foro Regional de Pinheiros/SP. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0B0012QC40000&processo.foro=11&uuidCapcha=sajcaptcha_5008ba20f0ab43ca9e7932f73d12fc55

4 ENTRE A DOGMÁTICA E O ATIVISMO JURÍDICO: LIMITES E POSSIBILIDADES DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CPC DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

O primeiro ponto a ser colocado nesse momento final, com amparo em Pereira Filho (online, 2015) é que em direito não deve haver conclusões, portanto, o que se propõe aqui é angariar elementos para fomentar o debate jurídico em torno das difusas interpretações sobre a aplicabilidade do art. 139, IV do NCPC.

Desse modo, conforme visto em capítulos anteriores o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa pressupõe a garantia constitucional do devido processo legal formal e substancialmente justo, o que significa que devem ser respeitadas todas as garantias constitucionais durante a marcha do processo e ainda ser garantido um provimento jurisdicional devido, entendendo-se como aquele que se apresenta adequado e razoável.

Diante disso, questiona-se se seria isso o bastante para concretização do acesso à justiça? E de plano, pode-se responder respaldado em Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2016) que não bastaria, uma vez que, segundo os autores “o direito de ação é o direito de utilizar o processo para poder obter a tutela do direito material, desde que, obviamente, o direito seja reconhecido em juízo” (p. 697).

No entanto, a tutela jurisdicional encontra muitos embargos a sua efetivação, sendo o cumprimento da obrigação fixada em juízo pela sentença, uma das grandes preocupações para o judiciário (WALDRAFF, online, 2016). Por este diapasão, não é de se estranhar a discussão que vem sendo levantada no universo jurídico do país a respeito da novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro (2015) quanto às medidas executivas atípicas insertas no artigo 139, IV (CPC/2015).

Assim, se por um lado há entendimento no sentido de serem as medidas executivas atípicas uma alentadora providência ofertada à jurisdição a fim de dar maior efetividade ao provimento judicial, não havendo a necessidade de se estar o juiz adstrito ao dogmatismo da normal legal positivada – medidas positivadas no ordenamento jurídico a exemplo do art. 536 §1º – por outro lado há também entendimentos de que pode ser temerosa a aplicação do citado artigo sem sua devida instrumentalização – regulamentação – em razão do risco de o juiz com base apenas no utilitarismo incorrer em abusos e arbitrariedades.

Tais discussões são possíveis em razão de dois pontos que muito embora não sendo antagônicos entre si, conflitam em certa medida, a saber: a dogmática jurídica como técnica de interpretação e aplicação da norma cuja concretização, limita-se ao contido na lei positivada, e o ativismo judicial que, em tese, autoriza o julgador do processo civil contemporâneo a ir além da letra da lei, buscar soluções que possam garantir de forma mais efetiva a concretização material do provimento jurisdicional.

4.1 ENTRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E O ATIVISMO JUDICIAL

De antemão, cumpre destacar que a ordem política nacional perfaz-se em Estado Democrático de Direito, onde “Estado de Direito” remete à obrigatoriedade de sujeição de todas as pessoas, bem como, todos os Poderes do Estado ao império do Direito, enquanto o termo “Democrático” refere-se à necessidade de que os poderes sejam exercidos pelo povo com vistas a assegurar a igualdade material, consubstanciada em um mínimo existencial que garanta dignidade à pessoa humana, esta, fundamento deste dito Estado Democrático de Direito (Art. 1º e parágrafo 1º da CF/88) (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Com base nestes breves apontamentos, pode-se inferir que a democracia se estabelece pelo império do direito em sentido amplo – abarcando todas as modalidades normativas – e que a consagração da dignidade como fundamento desse Estado, coloca o valor humano em destaque, sendo assim, a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico volta-se à proteção do homem, não por outra razão o mesmo diploma constitucional dedicou um artigo exclusivamente aos direitos e garantias fundamentais deste (art. 5º CF/88), incluindo o devido processo justo, cuida-se, portanto da constitucionalização do Direito e no mesmo passo do processo.

Assim, volta-se o processo, conforme explanado em momento anterior, para além da concretização do direito material, a proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem, à segurança jurídica do Estado e consequente manutenção da soberania (escopo político da jurisdição), sendo por este viés salutar compreender que a dogmática jurídica enquanto instituto voltado à interpretação e aplicação do Direito, tanto quanto as técnicas de ponderação – ativismo judicial – em essência buscam a manutenção da ordem legal e constitucional.

4.1.1 Dogmática jurídica

Ensina Adeodato (2002 *apud* DIAS) que a dogmática jurídica se realiza a partir de premissas legais estabelecidas, as quais seriam a priori inquestionáveis, no entanto, uma vez adequado o procedimento legal ou constitucionalmente definido para dadas situações, tais premissas podem sofrer ajustes a fim de se amoldarem ao caso concreto de forma satisfatória, portanto,

A dogmática, assim, limita a ação do jurista condicionando sua operação aos preceitos legais estabelecidos na norma jurídica, direcionando a conduta humana a seguir o regulamento posto e por ele se limitar, desaconselhando, sob pena de sanção, o comportamento contra legem. Mas não se limita “a copiar e repetir a norma que lhe é imposta, apenas depende da existência prévia desta norma para interpretar sua própria vinculação” (ADEODATO 2002 *apud* DIAS, online, 2005, s.p).

Desse modo, com base na dogmática jurídica não se proíbe o juiz de criar – raciocinar, interpretar, valorar – mas limita-o a fazê-lo dentro do adstrito campo da legalidade, assim, a crítica à interpretação e aplicação do Direito baseado no dogmatismo jurídico se assenta no fato de que a positivação de normas não acompanha a expansão dos direitos, não sendo, desse modo, capaz de abranger todos os conflitos sociais (DIAS, online, 2005).

Fernandez e Fernandez Neto (online, 2010), asseveram que a dogmática jurídica como finalidade prática, se presta a correção funcional do sistema quando da aplicação, interpretação e produção do Direito, mas que o fato de encontrar-se atrelada ao exclusivo campo da ciência do Direito, torna por demais reducionista o fenômeno jurídico.

Acrescentam tais autores, em ardorosa crítica à dogmática contemporânea, que não goza esta de uma estabilidade hermenêutica a direcionar-lhe, mas que ao contrário muitas concepções heterogêneas se levantam todos os dias sobre “o que é, o que deveria ser, como aplicar o Direito”, sendo que em cada corrente de pensamento encontra-se um conceito pessoal sobre a interpretação e aplicação do Direito, bem como, sobre argumentação, racionalidade e justiça, criando assim, uma resistência a qualquer ideia que vá de encontro às íntimas convicções de cada um, por isso a dogmática muitas vezes pode servir para justificar decisões arbitrárias e irracionais desde que condizentes com os valores aceitos pelo julgador, desse modo, concluem os autores que,

[...] o atual modelo, a despeito das garantias processuais, não parece dispor de mecanismos aptos para resolver o problema de como responder a pergunta central da interpretação jurídica: a de como deve proceder o sujeito-intérprete (no caso, os magistrados) para que os frutos de sua interpretação/aplicação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade social, ou, ao menos, para que não possam reputar-se intolerantemente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa própria segurança enquanto cidadãos sob o império da lei (FERNANDEZ; FERNANDEZ NETO, online, 2010, s. p.).

Nesse passo, a aplicação do Direito em tempos atuais com a constitucionalização do processo, não comporta interpretações e aplicações que destoem dos valores consagrados pela ordem constitucional, especialmente os direitos fundamentais, sendo rechaçada qualquer parcialidade nas decisões, no entanto, busca por outro lado, conforme assinalado em capítulo anterior, um julgador imparcial, mas não insensível.

Por este norte, não se pode olvidar que em cada decisão judicial, além do desempenho técnico conferido pelo órgão do poder judiciário – Estado-Juiz – existe a participação humanitária e indispensável do indivíduo-juiz, que como ensina Oliveira (online, 2012), quando se erigi à condição de apenas um técnico aquele que julgará a vida, a dignidade, a liberdade das pessoas, reduz-se se aviltam esses mesmos direitos, uma vez que, guardam proporcionalidade os nossos bens mais preciosos com o valor que conferimos aos seus guardiões.

Nesse passo, percebe-se que a humanização do órgão julgador é característica do neoconstitucionalismo e como derivação lógica, também do neoprocessualismo ou constitucionalização do processo, dos quais é corolário o ativismo jurídico.

4.1.2 Ativismo jurídico

A primeira menção que se pode fazer a respeito do ativismo judicial em face da ordem legal constituída é o controle de constitucionalidade difuso, uma vez que, a doutrina cita como exemplo de sua origem esse fenômeno, usando para tanto do clássico caso *Marbury vs. Madison* do ano de 1803, oportunidade em que, a Suprema Corte dos Estados Unidos invocou a prevalência da constituição em detrimento da lei, criando o precedente que passou a conferir ao judiciário o direito

de *in casu*, repelir o preceito legal que afronte a ordem constitucional, ou seja, criou o controle de constitucionalidade naquele país (CAMBI, 2007).

Por este diapasão, tem-se que,

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida de uma efetiva participação extensiva e vigorosa do judiciário na concepção dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *lex fundamentalis*, que propicia uma releitura do seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas (OLIVEIRA, online, 2016, p. 137).

Para o autor acima, existe estreita ligação entre o ativismo judicial e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, derivando mesmo aquela deste, visto que ao juiz não é dado esquivar-se de julgar sob a alegação de que o ordenamento jurídico é lacunoso, portanto, diante da situação em que não haja lei, seja ela incompleta ou obsoleta, de modo proativo, cabe ao judiciário, tendo por alicerce a lei maior, ofertar o provimento judicial a quem dele necessite.

Portanto, como ensina Luhmann (2002, *apud*, DIDIER, 2014, p. 109) “si no se encuentra el derecho, hay que inventarlo”.

Nesse sentido, sobre o processo criativo do julgador, aponta Pontes de Miranda que,

Se o conteúdo fosse o de impor a 'letra' legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e - como a lei e a jurisdição servem à sociedade - absurda. (PONTES DE MIRANDA, 1998 *apud* DIDIER, 2014, p.109).

Muito embora, pareça realmente inconcebível a atividade jurisdicional apenas e exclusivamente objetiva, devendo ser interpretado o Direito com vistas ao bem comum e às garantias constitucionais, tal atividade interpretativa precisa sofrer limitações as quais se encontram na própria órbita constitucional, podendo ser citado, por exemplo, o respeito ao princípio da separação dos poderes que é fundamento essencial da democracia.

Ademais, tem-se também a concepção negativa do Ativismo Judicial, pela qual é tida como um impetuoso comportamento que afronta o princípio da inércia da jurisdição, além de praticar usurpação da função típica do poder legislativo com a

criação sem controle de normas jurídicas e ainda fomentaria a insegurança jurídica/social pela sistemática aplicação de normas gerais e abstratas afastando-se assim, cada vez mais, das disposições legais (OLIVEIRA, online, 2016).

Donizete (online, 2010) aponta que, o risco das modernas teorias do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo é que no ímpeto de conferir a máxima efetividade ao texto constitucional usando para tanto o poder judiciário, pode acabar tornando o texto máximo inócuo e sem aplicabilidade, pois com a hipertrofia do judiciário promove-se a exoneração dos demais poderes da responsabilidade em relação ao déficit de efetividade das normas constitucionais em face das teses da eficácia programática e da reserva do possível, acabando por adiar as soluções políticas quanto aos problemas sociais.

Em que pese o valor de tais críticas, deve ser considerado o fato de que o ativismo judicial encerra uma atuação proativa da jurisdição na defesa da constituição e dos direitos fundamentais, estes, em virtude de sua característica de historicidade encontram-se em constante evolução, modificando-se em função do tempo a exigir assim, novos contornos interpretativos que podem ser oferecidos pelas técnicas de ponderação, cujo limite, encontra-se na própria norma constitucional (OLIVEIRA, online, 2016).

Assim, pode-se inferir quanto ao tema analisado (art. 139, IV NCPC) que o ativismo judicial não deve ser considerado forma preponderante em detrimento da interpretação jurídico dogmática, mas que ambos devem ser sopesados diante de cada caso concreto com vistas a imprimir a maior efetividade possível ao comando legal inserto na norma, utilizando-se para tanto da ponderação ou juízo de adequação (ALEXY, 2001) pelo qual em confronto mais de um princípio, deve-se analisar a proporcionalidade da medida levando em consideração se a mesma é adequada, ou necessária ou ainda proporcional em sentido estrito, conforme propugna Robert Alexy.

4.2 O ARTIGO 139, IV E O PODER DE *IMPERIUM* DA JURIDIÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) entrou em vigor no dia 16 de março de 2015 substituindo o antigo diploma datado do ano de 1973, carregado das promessas de modernidade, que como aduz Donizete (2010) ao referir-se ao ainda anteprojeto do citado diploma legal, não passou despercebida a influência da

nova teoria da constitucionalização do processo – neoprocessualismo ou formalismo valorativo – em cujo capítulo primeiro já se notam preponderante, os princípios fundamentais do processo.

Nessa esteira, Waldraff (2016) aponta que dentre os princípios fundamentais impostos ao processo, o novo diploma ressalta em importância o princípio da efetividade processual o qual é corolário do devido processo legal e por este viés da efetividade, arremata com amparo em clássica lição de Chiovenda “que o processo deve dar ao autor exatamente aquilo a que teria direito, se o réu tivesse cumprido espontaneamente a sua obrigação” (CHIOVENDA, *apud* WALDRAFF, online, 2016).

Contudo, questiona-se: Possui de fato a jurisdição o poder de coagir o vencido ao adimplemento da obrigação? Teria efetivamente o provimento judicial o condão de vergar o vencido à concretização de seu comando? Em termos teóricos pode-se afirmar com certeza que o poder de *imperium* da jurisdição possuiu a mais vigorosa força cogente, pois decorrente da própria soberania estatal, passível de tornar impensável a desobediência de qualquer de suas ordens, pois nesse sentido a lição de Vargas e Tombosi (online, 2016, p. 64) para os quais:

O poder de o juiz reprimir a desobediência injustificada de sua ordem, quer por medidas civis ou penais, é um poder que está por sua natureza inseparavelmente ligado ao exercício da jurisdição. Não haverá real poder jurisdicional se o juiz não puder fazer cumprir suas ordens.

Portanto, por este prisma do poder de *imperium* da jurisdição é que se vislumbram as possibilidades de aplicação das medidas mandamentais, sub-rogatórias, coercitivas e indutivas dispostas no art. 139, IV (CPC/2015), cujo objetivo principal é impelir o obrigado ao cumprimento da sentença definida em juízo, com especial relevo à parte final do citado dispositivo, que trata das obrigações pecuniárias.

4.3 A POLÊMICA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV

Desde a inserção do art.139, IV no ordenamento jurídico pátrio a doutrina vem se posicionando com relação à aplicabilidade dessas medidas executivas, sendo

que as principais digressões ficam por conta da parte final do inciso IV que autoriza a aplicação de todas medidas atípicas às obrigações pecuniárias.

Nessa esteira Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), salientam que, embora o sistema processual anterior já contasse com uma boa estrutura executiva para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, o mesmo não se pode dizer quanto às obrigações de cunho pecuniário. Quanto àquelas há possibilidade de execução de ofício, já com relação a estas dependem da vontade da parte, ou seja, enquanto para as primeiras a sentença é executiva para a segunda é apenas declaratória.

Assim, os autores apontam que para as obrigações pecuniárias o art. 139, IV, oferece uma releitura do sistema, podendo representar a luz no fim do túnel, uma vez que, o dispositivo permite ao juiz a utilização de qualquer das medidas, inclusive, e para as ações cujo objeto seja prestação pecuniária.

Ainda são incisivos quanto os limites de sua aplicação, afirmando que o artigo em comento deve presidir todo o sistema de execução, dando ao juiz poderes de fazer cumprir suas ordens, mas que as medidas devem se restringir àquelas positivadas no próprio diploma processual civil, a exemplo dos artigos 523, 525 e 824 quando a medida adequada for de caráter expropriatório, já se for mais razoável meios de indução ou sub-rogação as medidas indicadas são as que se encontram nos artigos 536, 537 e 538.

No mesmo sentido entende Gonçalves (2016), para quem o juiz pode estender às obrigações pecuniárias todas as medidas já existentes para as obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Muito embora esse seja o entendimento que predomina na doutrina, outras medidas vem sendo aplicadas *in casu*, especialmente em situações que envolvem obrigação de pagar quantia, ou seja, nas obrigações de cunho pecuniário, conforme se pode verificar de exemplo citado no capítulo anterior, no qual a magistrada Andreia Musa inova impondo medidas coercitivas não previstas expressamente, mas que segundo a mesma, lhe autorizava o art. 139, IV.

Nesse passo é possível observar que a decisão citada por impor a perda da CNH, passaporte etc., que em tese, poderia cercear direitos fundamentais, criou certa polêmica entre os juristas como se verifica de artigo veiculado na internet de autoria de Streck e Nunes (online, 2016) no qual, levanta-se o questionamento se seria o artigo 139, IV “Carta Branca ao Arbítrio”.

Nesse sentido de contrariedade com a aplicação dessa natureza de medidas Gajardoni se manifesta no seguinte sentido:

[...] a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/15 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/15), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na CF (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc. (*apud* SILVA, online, 2016, s. p.).

Assim, nesse mesmo norte, Streck e Nunes (online 2016) apontam que, dentre as medidas que se cogita como possibilidade de aplicação com base no artigo 139, IV estão a proibição de dirigir, viajar, participar de concursos ou licitações, porém, enfatiza que, muito embora tal dispositivo tenha por objetivo aumentar o espectro de aplicação do art. 536 §1^a (CPC/2015), deve limitar-se à medidas que não sejam discricionárias ou ainda arbitrárias, em detrimento do devido processo constitucional e arremata:

Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague. Ou, como no Mercador de Veneza, de Shakespeare, retirar do devedor uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria Shylock (STRECK; NUNES, online, 2016, s. p.).

Ainda, dando prosseguimento à suas críticas, o jurista aponta que é certo ser a execução o “Calcanhar de Aquiles” do sistema processual o qual vem perpetuando o trocadilho “ganhou, mas não levou”, porém, nada leva a crer que isso justificaria uma verdadeira carta branca ao juiz para que viesse a determinar qualquer medida executória, desde que apta à satisfação da obrigação.

Por este viés que se mostra interessante a menção aos fundamentos da decisão nos autos do *habeas corpus*⁷ que reformou a decisão acima mencionada, oportunidade em que as medidas impostas foram consideradas inconstitucionais em razão de extrapolarem os limites patrimoniais do devedor (art. 789 NCPC), atingindo-

⁷TJ/SP, Habeas Corpus n. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30^a Câmara de Direito Privado, Relator Des. Marcos Ramos, j. 29/3/2017.

lhe os direitos fundamentais de liberdade de locomoção (CASTRO, online, 2017, s. p.).

No entanto, como forma de fomentar o debate, vale apontar que por ocasião da apreciação do citado *habeas corpus*, foram levantados alguns pontos interessantes, como por exemplo, a questão do “devedor profissional”, sendo aquele que descumpre injustificadamente as ordens judiciais, é devedor contumaz, sendo sujeito passivo de várias demandas, nunca oferece bens a penhora ou ainda oculta seus bens para fraudar o do credor, age em sua vida profissional e patrimonial por meio de preposto – laranjas –, e muitas vezes ostenta publicamente posição econômico/social elevada, não condizente com a suposta baixa condição econômica apontada nos autos.

Exemplificando essa situação, o caso corriqueiro e repulsivo do devedor que não indica bens à penhora e o credor nada localiza. Não obstante haja evidências de que o devedor tem patrimônio, reside em moradia luxuosa, dirige automóvel importado, faz uso de pessoa interposta e/ou dirige empresa da qual é formalmente empregado, obviando a ocultação patrimonial (WALDRAFF, online, 2016, p. 120).

Nesse sentido se manifestou a Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti – voto vencido no *Habeas corpus* n. 2183713-85.2016.8.26.0000 citado – afirmando que as medidas impostas pelo Estado devem ser tão onerosas e inconvenientes que o obrigado possa considerar mais vantajoso cumprir com sua obrigação, pois tais medidas possuem exatamente a finalidade de persuadir o devedor ao pagamento.

Portanto, continua a magistrada, não é do interesse do Estado aplicar medidas restritivas àquele devedor que efetivamente não possui condições de solver seu débito, mas sim, àqueles que se valendo de artimanhas ardilosas esquivam-se de suas obrigações, privilegiando outros gastos tidos como mais “nobres”, escarnecendo assim, tanto de seus credores quanto do próprio poder judiciário (PIZZOTTI *apud* SILVA, online, 2017).

Levando em consideração que a maior produção literária sobre o tema vem da jurisprudência, sendo que naturalmente enquanto não houver regulamentação da matéria, é desta fonte que emergirão os parâmetros hermenêuticos mínimos para aplicação das medidas, vale citar mais dois julgados que ilustram situações distintas que merecem apreciação.

A primeira trata de situação em que, em ação de dissolução de união estável, o magistrado, ao afastar ordem cautelar de sequestro de bens por considerar medida de exagerada gravidade, no entanto, com base no artigo 139, IV (CPC/2015) determina a averbação da existência da ação nos registros dos imóveis a fim de resguarda os direitos das partes.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONCESSÃO DE TUTELA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. CITAÇÃO NA PESSOA DA PROCURADORA, MÃE DA REQUERIDA, COM AMPLOS PODERES. AGRAVANTE AUSENTE DO PAÍS. CITAÇÃO VÁLIDA, NOS TERMOS DO ART. 215 DO CPC/1973. JUNTADA PELO AGRAVADO DE CÓPIA DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PRECEDENTE. PREJUÍZOS INEXISTENTES À AGRAVANTE. DESENTRANHAMENTO INDEFERIDO. REQUISITOS PARA FUNDAMENTAR A SEVERA TUTELA DE SEQUESTRO DE BENS NÃO VERIFICADOS. ORDEM JUDICIAL AFASTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DETERMINAÇÃO, ENTRETANTO, EX OFFICIO, DE AVERBAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA AÇÃO NOS REGISTROS DOS IMÓVEIS. DEVER DO JUIZ GARANTIR O RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO (ART. 139, IV, DO NCPC). (AI 00321997620168240000 Araranguá/SC 0032199-76.2016.8.24.0000.Quarta Câmara de Direito Civil. 01 de Junho de 2017. Relator Cesar Abreu).⁸

A decisão citada demonstra que as medidas atípicas não devem ser vistas apenas de forma sancionatórias, uma vez que servem à qualquer fase do processo, tendo por objetivo a otimização de resultados, devendo ainda ser sempre subsidiárias, a elas recorrendo-se quando as medidas típicas não forem bastante para alcançar os resultados pretendidos, conforme demonstra o julgado a seguir.

Ementa: EXECUÇÃO - MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS - MEDIDAS INDUTIVAS E COERCITIVAS - BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO - CABIMENTO. - O princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) deve ser analisado tanto da ótica do devedor como do credor - Na aplicação do ordenamento jurídico, incumbe ao juiz resguardar a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a eficiência (art. 8º, CPC/2015)- Diante do esgotamento das tentativas de localização de bens do devedor, incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas e coercitivas que assegurem o cumprimento da ordem judicial, qual seja a de satisfazer o crédito postulado em juízo (...). No caso em tela, é preciso considerar que a execução tramita desde 2008, tendo a exequente esgotado todos os meios de localização de bens em nome do devedor, todos sem sucesso - Requerimento de bloqueio de cartão de crédito de titularidade do devedor que se mostra cabível - Leitura do art. 139, II, III e IV, CPC/2015 - RECURSO PROVIDO NESSA PARTE. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO (CNH) E DE PASSAPORTE - DESCABIMENTO - Providência que se mostra prematura e que não está ligada diretamente ao direito de crédito - Medida que se mostra de duvidosa

⁸Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468119977/agravo-de-instrumento-ai-321997620168240000-ararangua-0032199-7620168240000?ref=topic_feed Acesso em: 01 jul. 2017.

eficácia, desproporcional e inadequada - Com relação à CNH, nota-se que não se cuida de infração de trânsito, prevista na Lei nº **9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)**- RECURSO DESPROVIDO NESSE TÓPICO.(AI 20310294420178260000 SP 2031029-44.2017.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30/06/2017. Relator Sérgio Shimura).⁹

Além da tese da subsidiariedade das medidas atípicas que vem sendo aventada com afinco pela jurisprudência, aqui o julgador aponta para raciocínio de suma importância quanto à razoabilidade da decisão, afirmando que a dignidade humana – e por analogia qualquer outro direito fundamental –, deve ser avaliado pela ótica de ambas as partes, logo não podendo ser considerado apenas os direitos fundamentais do devedor. A Constituição Federal não repele o uso de tais medidas, mas diante da racionalidade de seus princípios deve fundamentá-las.

4.4 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFRONTO COM O ARTIGO 139, IV (CPC/2015) PELO PRISMA DA PROPORCIONALIDADE.

Em um confronto entre os assuntos tratados até aqui, pode-se inferir, forte na teoria da instrumentalidade (DINAMARCO, 1990), que o processo não pode ser concebido como apenas uma sequência de procedimentos formais destinados a realização do interesse da parte, ele deve ser visto como instrumento de realização de direitos.

Por este viés de instrumentalidade dirige-se de forma ampla à realização dos escopos sociais, políticos e jurídico da jurisdição, passando diante de sua constitucionalização a guardião dos direitos fundamentais, devendo o órgão julgador estar sempre atento ao respeito aos princípios fundamentais, interpretando, criando e exteriorizando a norma que melhor se adequa à realidade fática que aprecia.

Nesse norte o processo se exterioriza no mundo fenomênico por intermédio da norma, aquela gerada em seu bojo pelo interprete aplicador, o qual diante do caso concreto transforma o “texto” em “norma” conferindo-lhe a força que emana do direito por meio do qual o Estado oferece a solução ao caso concreto, pois “em síntese, sem que se opere a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular — porque essa é a forma de interrogá-lo corretamente —, o texto nada

⁹Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474208022/agravo-de-instrumento-ai-20310294420178260000-sp-2031029-4420178260000?ref=topic_feed. Acesso em: 04 jul. 2017.

dirá àquele que pretenda compreendê-lo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 78).

Assim se manifesta a inafastabilidade da jurisdição, princípio este que pressupõe seu caráter soberano, uma vez que não está condicionado à existência, ou clareza da lei para desempenhar sua função, pois como ensina Reale (*apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009), em havendo omissão legal o julgador deve proceder como se fosse legislador.

Diante de tal afirmação é possível inserir a questão da aplicabilidade das medidas atípicas contempladas no artigo 139, IV (CPC/2015), uma vez que, como cláusula geral de efetividade depende da atividade criativa da jurisdição que tem o condão de criar, interpretar e adequar o Direito a fim de extrair da norma o seu mais valoroso sentido, logo, por meio da atividade interpretativa, deve ocorrer a regulamentação – ainda que por parâmetros hermenêuticos –, da aplicação do aludido artigo, pois tarefa típica da jurisprudência constitucional, como segue.

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 80).

Portanto, a apreciação de matérias que de qualquer modo possam afetar direitos fundamentais como é o caso, por exemplo, de determinadas medidas executivas atípicas – conforme especificado no capítulo 3 – que de qualquer modo possam ser consideradas, em menor ou maior grau, afrontosas de direitos fundamentais, precisam ser enfrentadas por critérios que levem em conta a razoabilidade e proporcionalidade das medidas em confronto com a realidade fática, pois, por certo, em regra, estar-se-á diante de dois princípios fundamentais em conflito.

Nesse ponto, torna-se imperioso lembrar que quando se refere à proporcionalidade deve-se ter em mente a Teoria da Ponderação de Robert Alexy, por meio da qual, em termos hermenêuticos para se atingir a regra da proporcionalidade, faz-se necessário analisar a incidência das sub-regras que compõem sua estrutura, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais não necessitam ser concomitantemente observados, mas

possuem a ordem sucessiva como acima disposto, portanto, não se confunde proporcionalidade com razoabilidade (SILVA, online, 2002).

Segundo Novelino (2012) Ronald Dworkin e Robert Alexy aparecem no cenário jurídico como pioneiros do pós-positivismo a sustentar a força cogente dos princípios constitucionais, sendo que Alexy promoveu a distinção entre regras e princípios quanto a sua aplicabilidade da seguinte forma:

Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"; são, por conseguinte, mandamentos de otimização (SILVA, online, 2002, p. 25).

Por este prisma dos princípios como norma *prima facie*, dependem, por conseguinte, do confronto com o caso concreto e com os demais princípios a ele aplicáveis, sendo que não é necessário existir entre eles conformidade, ao contrário, em dadas situações podem inclusive mostrarem-se antagônicos, devendo sua aplicação ser ajustada considerando todas as vertentes a serem valoradas diante da situação fática que reclame solução por esta via normativa (ALEXY, 2002).

Nesse ponto é possível inserir o debate em torno da aplicabilidade do artigo 139, IV (CPC/2015), que sendo cláusula geral, depende constantemente da avaliação pelo juiz da proporcionalidade e razoabilidade dessas medidas, devendo ser avaliada se são razoáveis, ou seja, se o meio empregado é capaz de produzir o efeito esperado e se são proporcionais no sentido de serem adequados, necessários, ou estritamente proporcionais, conforme lição de Silva (online, 2002) a qual fundamenta os próximos parágrafos, com as devidas adequações ao artigo em comento.

Será necessária se houver a verificação de que a imposição de determinada medida pode levar de fato ao objetivo pretendido, ou pelo menos fomentá-lo, por este viés a imposição de uma medida coercitiva com a finalidade de instigar o devedor ao adimplemento de uma obrigação, não tem por si só o condão de quitar o débito, mas pode levar o devedor a fazê-lo em virtude da onerosidade da medida, assim fomenta-se o objetivo principal.

Será por outro lado adequada, quando outra medida menos aflitiva aos direitos fundamentais, não tiver a mesma eficiência da medida que se pretende

impor, nesse sentido aponta-se a subsidiariedade que vem sendo determinada para a imposição das medidas executivas atípicas.

Por fim, será verificado o requisito da proporcionalidade estrita, que se faz pelo sopesando dos efeitos da colisão entre os direitos fundamentais envolvidos, avaliando-se se o direito fundamental que se pretende proteger com a imposição da medida apresenta grau de importância superior ao direito fundamental atingido, ou seja, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção” (NOVELINO, 2014, p. 245).

Assim, não se pode olvidar que restringir a liberdade ou a locomoção de alguém só seria proporcional se com esta medida se estivesse protegendo a vida, por exemplo, não se mostrando proporcional cercear direitos dessa natureza em face de direitos patrimoniais que, em tese, possuiriam importância inferior.

Por tudo isso, não deve a aplicação do citado artigo afastar-se dos preceitos constitucionais, especialmente os que se referem a direitos fundamentais, do mesmo modo não deve ser esquecido a isonomia entre as partes, visto que ambas possuem, a priori, os mesmos direitos fundamentais.

Portanto cabe ao juiz, com base no princípio da livre convicção motivada, implementar a aplicação de qualquer medida executiva, tanto típicas, quanto atípicas, pautado sempre pelas regras da razoabilidade e proporcionalidade e tendo como vetor os comandos insertos no artigo 1º do NCPC (2015) o qual impõe a observância dos princípios constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso efetivo à justiça corresponde à concretização do Devido Processo Legal em seu conceito ideal, pelo qual seja realmente possível a oferta honesta de um provimento jurisdicional capaz de assegurar de fato a tutela de direitos no plano material e ainda pela manifestação do poder genuíno do Estado, assegurar-se em um plano político social, a própria soberania deste.

Indiscutivelmente o acesso à justiça pressupõe o acesso ao poder judiciário, e por lógica, ao processo, visto que é por meio deste que a jurisdição realiza a “justiça”, assim compreendida a concretização do direito material e a pacificação social, como seu escopo máximo.

Essas duas vertentes se mostram umbilicalmente ligadas uma vez que a realização do direito material gera como efeito imediato a extinção do conflito de interesses entre as partes, e como efeito mediato a pacificação social pela aceitação da ínsita verdade da sentença.

Com base nos conteúdos aqui tratados, resta patente que o acesso à justiça não se restringe ao direito de ação, mas, mesmo quando se tem em mente o simples ingresso ao poder judiciário é possível apontar uma série de entraves, os quais, conforme analisado, estão ligados ao alto custo dos serviços jurídicos, ao descrédito quanto ao serviço prestado que é visto como moroso ou mesmo hostil e ainda à falta de conhecimento ou disposição psicológica das pessoas de buscarem seus direitos.

Mesmo sendo de suma importância a incidência desses entraves, o principal obstáculo que se pode apontar quanto ao acesso a uma ordem jurídica justa, refere-se sem dúvida, à efetividade do processo, este conforme demonstrado deve ser o “devido”, que para boa parte da doutrina é sinônimo de “justo”, portanto, o devido

processo legal e justo precisa estar formal e substancialmente em conformidade com os ditames constitucionais – constitucionalização do processo.

Pela vertente da constitucionalização é possível conceber um processo instrumental no sentido de ser instrumento por meio do qual se exerce a jurisdição na busca pela realização de seus escopos sociais, políticos e jurídicos, desse modo, assenta-se o entendimento de que o processo não é um fim em si mesmo, a ponto de privilegiar o rigor excessivo que o cega para a realidade da vida, porém, também não pode dissociar-se do direito material, pois, em que pese sua autonomia, não existe por si só, mas em função daquele.

Outro ponto de grande importância nessa cadeia que envolve acesso à justiça, processo e instrumentalidade, é a gestão do processo, analisada no capítulo terceiro, restando certo que o aperfeiçoamento do dito processo justo, constitucionalizado, efetivo, depende de uma série de fatores que vão desde os aspectos formais do processo com a observância dos princípios a ele inerentes, tais como, o contraditório e ampla defesa, juiz natural, paridade processual, publicidade e motivação dentre outros, mas é imprescindível que esse seja substancialmente devido.

O processo substancialmente justo volta-se para a realização do provimento jurisdicional, o qual deve se conformar aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, sendo requisitos indispensáveis na junção do juiz quanto à formação de sua convicção e produção da sentença.

Por esta razão o processo contemporâneo, constitucionalizado propugna por um juiz com poder, mas sensível às mazelas do processo e do caso concreto, que sem se desvencilhar da ampla legalidade que envolve especialmente os direitos fundamentais, deve cooperar com o processo, estando em constante diálogo com as partes a fim de garantir-lhes a paridade e o direito de influir de modo efetivo no seu convencimento.

O outro aspecto relativo ao processo justo, diz respeito à concretização do provimento jurisdicional. Por esta vertente há de se admitir que o cumprimento da sentença ou a execução é o ponto nevrálgico do sistema processual civil, visto que a morosidade no adimplemento das obrigações impostas e a ineficiência das medidas executivas e mesmo a falta de poder do juiz em compelir o devedor ao adimplemento da sentença, torna o gozo do direito tardio, engrossando a cifra da baixa efetividade do processo e, por conseguinte, obstaculiza o real acesso à justiça.

Dentro desse contexto é que se mostra a virtude do artigo 139, IV (CPC/2015), uma vez que confere ao juiz um *plus* de poder em relação à imposição de medidas mandamentais, sub-rogatórias, coercitivas e indutivas, com o fito de compelir o obrigado em qualquer fase do processo a obedecer seu comando.

Com relação ao citado dispositivo legal, não é demais apontar que tem causado certa polêmica a sua aplicação, visto que divergem doutrina e jurisprudência, quanto às técnicas utilizadas para a aplicação do mesmo, sendo que parte da doutrina entende que deve ser dogmática e manter-se dentro do rol de medidas objetivamente definidas no Código de Processo Civil, enquanto por outro lado, alguns entendem que o juiz goza de certa “liberdade” ativista para impor medidas que extrapolem o rol legal.

Nesse sentido tem decidido grande parte de magistrados que vem impondo a apreensão de CNH e passaporte, bloqueio de cartões de crédito dentre outras medidas não ortodoxas, a fim de compelir o obrigado ao adimplemento de suas obrigações e com isso conferir a tão almejada efetividade do provimento jurisdicional, especialmente com relação às obrigações de pagar quantia, cujas técnicas executivas são incipientes no ordenamento jurídico brasileiro.

Necessário ainda a menção à discussão de serem ou não tais medidas, afrontosas aos direitos fundamentais, do mesmo modo que diverge a doutrina também é possível visualizar entendimentos divergentes nas instâncias recursais, não havendo, portanto um consenso quanto à inconstitucionalidade das medidas.

Por enquanto, diante dessa falta de regulamentação do dispositivo, o que se tem é que cabe à jurisprudência em sua majestosa função de “criar” o direito, construir dentro das engrenagens hermenêutico-constitucional, os parâmetros para a aplicação do artigo 139, IV do NCPC, devendo ser observado em qualquer situação as regras da razoabilidade e proporcionalidade, isso pela vertente da teoria da ponderação, a qual exige a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade estrita, frente ao caso concreto para somente então considerar uma medida proporcional ou não.

Mas de tudo, resta forçoso admitir que o comando legal inserto no artigo 139, IV do NCPC, não possui finalidade sancionatória, ao contrário, é nítida a intenção do legislador de conferir maior efetividade ao provimento jurisdicional e por consequência ao processo como um todo, pois não há virtude em um processo que, ainda que tenha sido formalmente perfeito, chegando-se ao um provimento

proporcional e razoável, não possa alcançar de fato a concretização do direito material pleiteado, tornando inócuo o exercício da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ed. 12. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil**, volume 1: Teoria geral e processo de conhecimento. ed. 2. ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 02 maio 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAT, Débora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A nova interpretação do princípio do Acesso à Justiça**: uma análise a partir da crise da democracia liberal, da influência do neoconstitucionalismo e da judicialização da política. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a36b598abb934e45>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**: lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44>. Acesso em: 15 maio 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: há limites para o art. 139, IV?**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI258376,91041-Medidas+indutivas+coercitivas+mandamentais+ou+subrogatorias+ha>>. Acesso em 02 jun. 2017.

DESTEFENNI, Marcos. **A responsabilidade Civil Ambiental e as Formas de Reparação do Dano Ambiental**. Campinas: Bookseller, 2005.

DIAS, Gustavo Holanda. **Considerações Introdutórias Acerca da Dogmática Jurídica**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 116, 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=533>> Acesso em: 10 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**, 7º Vol. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONIZETTI, Elpidio. **O Processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.195-204, jan./jun.2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/elpidio_donizette.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ BISNETO, Atahualpa. Dogmática jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7614>. Acesso em: 04 jun. 2017.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FIOREZE, Juliana. **Videoconferência no Processo Penal Brasileiro**. Interrogatório on-line. 2. ed. Rev. Atual. Ampli. Curitiba: Juruá, 2012.

GAVAZZONI, Aluísio. **História do direito**: dos sumérios até a nossa era. 2. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LEITÃO, David Ricardo de Almeida. **A Terceira Onda Processual Para a Efetivação da Prestação Jurisdicional no Brasil**. 2010. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4537>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. I e II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais online. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 231 - 246 | Set / 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/29246009/MEDIDAS_SUB-ROGAT%C3%93RIAS_COERCITIVAS_MANDAMENTAIS_E_INDUTIVAS_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015>. Acesso em: 22 maio 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Victória. **NCPC: Os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil**: Um contraponto entre a nova realidade brasileira e o direito já existente em Portugal. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/332549158/ncpc-os-poderes-do-juiz-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 maio 2017.

NAMUR, Samir. **A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Bruno Augusto dos Santos. A erosão do juiz como símbolo nas sociedades contemporâneas e a necessidade de formação ética e crítica do indivíduo-magistrado, *in* **Revista do Conselho das Escolas de Magistratura Federal – Justiça & Educação**. Vol. 01, n.01, jul/dez 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/JustEduc/issue/current>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Alves. Ativismo Judicial: Qual o limite do Poder Judiciário? *In* **Revista Judiciária do Paraná – AMAPAR**, Curitiba/PR. Ano XI n. 12 Nov. de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/osmargomes7/docs/revista_judici__ria___12_-_novembro>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PAZAGGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **A atuação do juiz no novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-30/benedito-cerezzo-atuacao-juiz-codigo-processo-civil>>. Acesso em 15 jun. 2017.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz Gestor um Novo Paradigma. *In* **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS | v. 12 | 24 | Jul./Dez.2010. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/24/artigos/artigo05.html>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Breve Introdução ao Estudo da Dogmática Jurídica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/3050-breve-introducao-ao-estudo-da-dogmatica-juridica>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SILVA, Luiz Vírgilio Afonso da. **O proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, Ano 91, vol. 789, Abril de 2002. pg. 21-50. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/virgilio2.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

SILVA, Mike Barros de Carvalho. **Aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisão judicial nos casos de obrigações pecuniárias, com fundamento no artigo 139, IV do NCP**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI250355,11049-Aplicacao+de+medidas+atipicas+para+garantir+o+cumprimento+de+decisao>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 171-189, jan./abr. 2014. Quadrimestral.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta Branca para o Arbítrio? Revista **Consultor Jurídico**, ago 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I e II**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARGAS, Jorge de Oliviera; TOMBOSI, Giuliano di Carlo. Tutela provisória. Medidas coercitivas. *Contempt of court?* In **Revista Judiciária do Paraná – AMAPAR**, Curitiba/PR. Ano XI n. 12 Nov. de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/osmargomes7/docs/revista_judici__ria___12_-_novembro>. Acesso em 10 jun. 2017.

VIANNA, Segadas. In SUSEQUIND, Arnaldo et al., **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed., São Paulo: LTR, 2005.

WALDRAF, Célio Horst. **Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-j do CPC/1973**. RJLB, ANO 2 (2016) N. 04. Páginas 298 a 323. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0297_0323.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.